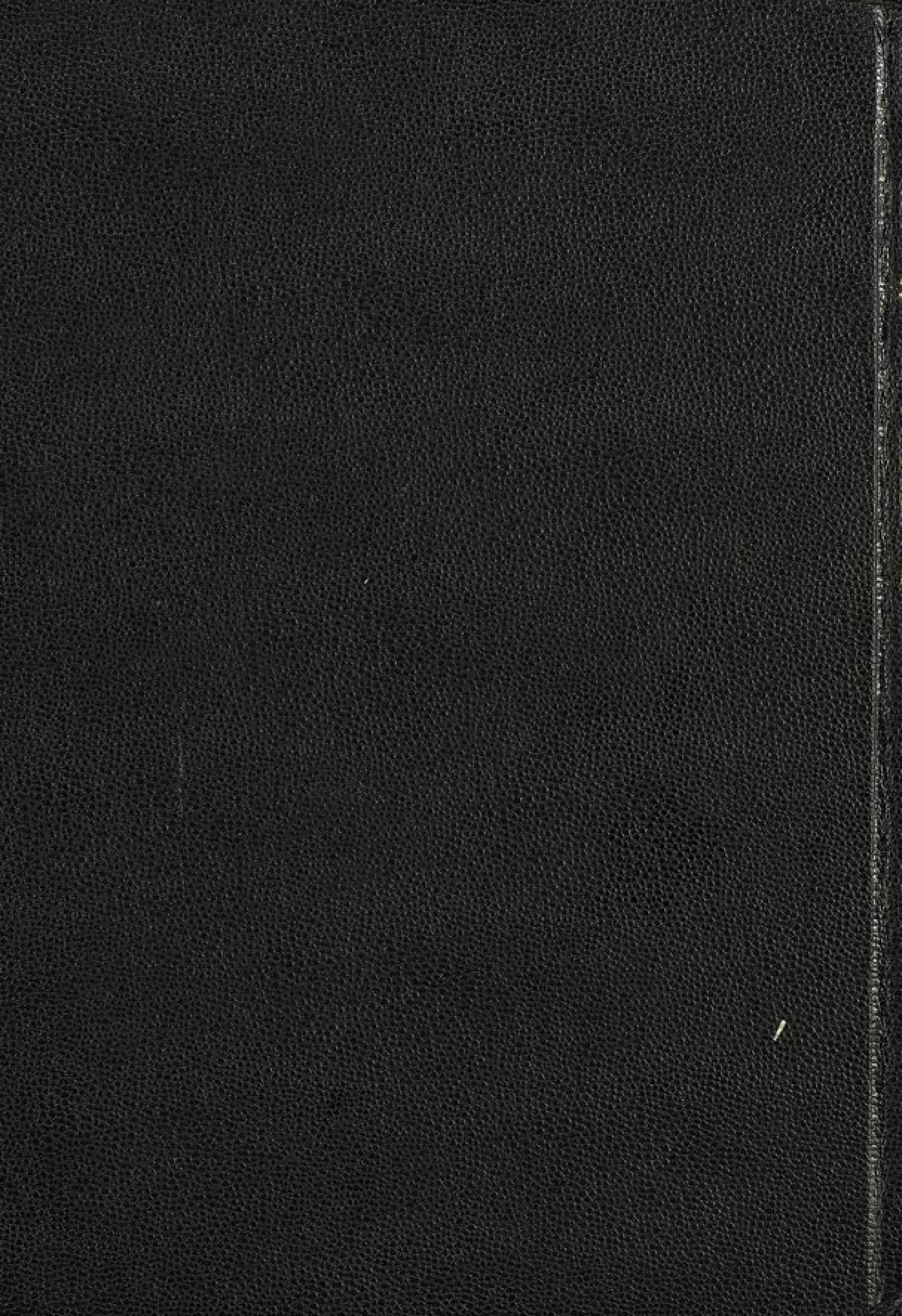
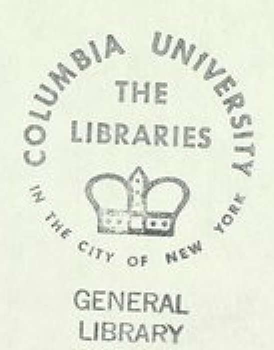




الجزء الخامس عشر من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة الحلي قده

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالي

المطبعة العلمية بقم



الجزء الخامس عشر من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة الحلي قده

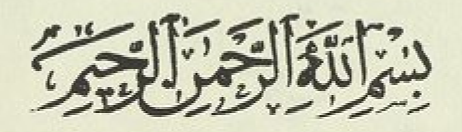
تأليف :

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالي

المطبعة العلمية بقم



الحمدلله رب العالمين والصلاة و السلام على اشرف خلقه محمد و عترته الطاهرين .

(كتاب الاجارة والوديعة وتوابعهما ـ وفيه فصول الفصل الاول فى الاجارة) .

وهى مصدر من اجر بمعنى اكرى ـ اذا جرمجردا ـ قد يستعمل بمعنى آجر كما عن بعض اللغويين فهى نظير الكتابة التى هى مصدر كتب ـ ففى خبر(١) تحف العقول واما تفسير الاجارة فاجارة الانسان نفسه اوما يملك ...الخ

و قد وقع الخلاف فى مفهومها بعد الاتفاق على انه لاحقيقة شرعية لها ولا متشرعية ـ ومحل الخلاف جهات ـ ١ ـ هل الاجارة هى الايجاب والقبول الدالان على انتقـال المنفعة او العمل بعوض ـ ام هى تمليك المنفعة او العمل بعوض ـ ام انتقال ذلك ـ اوغير تلكم كلها ـ ٢ ـ هل تستعمل الاجارة فى نقل العين ايضاً ام لا ٣ ـ هل هى اسم لاحد طرفى العقد وهو الايجاب ام للطرفين ـ ٤ ـ انها تمليك للمنفعة او العمل بعوض ـ اوانها بمعناها الاسمى اضافة خاصة فى العين المستاجرة بالاضافة الى المستاجر مستتبعة لملكه او استحقاقه لمنفعتها اوعملها ـ وبعبارة اخرى ـ انها جعل العين بالاجرة وهى اضافة خاصة فى قبال اضافة الملكية ـ ام هى تمليك للعين فى جهة خاصة فى مدة معلومة فى مقابل البيع الذى هو تمليك للعين فى جميع الجهات الى الابد .

وقبل الدخول فى البحث فى الجهات الاربع ـ لابدوان يعلم ان فى الاجارة وغيرها من المعاملات امورا اربعة ـ احدها ـ اعتبار المتعاقدين القائم بهما ـ ثانيها ـ ابرازذلك باللفظ اوغيره ـ ثالثها ـ امضاء اهل العرف ذلك الاعتبار واعتبارهم مااعتبراه ـ رابعها ـ امضاء الشارع واعتباره (واما) ما اشتهر من ان الانشاء ايجاد معنى كالملكية ـ اوغيرها باللفظ فلاواقع له ـ فان الوجودات الحقيقية للمعانى لايمكن ايجادها

---

(١) الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب مايكتسب به ـ من كتاب التجارة ـ حديث١

الاباسبابها الخارجية واللفظ ليس منها - والوجودات الاعتبارية- بعضها- يكون متحققا قبل الانشاء وهو اعتبار المنشأ نفسه فلا يعقل تحققه به اضف اليه ان اعتباره من افعال النفس و هى توجد بفاعليتها بلااحتياج الى اللفظ و غيره - و بعضها - وهو اعتبار العقلاء او الشارع وان كان بعد الانشاء ومترتبا عليه - الا ان الانشاء موضوع له واما سببه فهو نفس المعتبر (نعم) تسمية الانشاء ايجادا بمعنى انه بضميمة الاعتبار النفسانى موضوع لاعتبار العقلاء والاعتبار الشرعى - حيث ان بناء العقلاء والشارع على عدم اعتبار الملكية فى الاجارة - مثلا - الامع اعتبار المتعاقدين بقيد الاعلام به - لابأس بها - وعلى ما ذكرناه فلاسببية فى باب العقود والايقاعات رأسا.

ثم انه وقع الاختلاف بين الفقهاء فى الجهة الاولى من البحث وهم على اقوال (الاول) ماهو المشهور بينهم وهو ان الاجارة هى الايجاب والقبول الدالان على انتقال المنفعة او العمل بعوض (وفيه اولا) ان الاجارة على ما يظهر من مشتقاتها قائمة بالموجر لا به وبالمستاجر معا (وثانيا) ان الاجارة تنشأ باللفظ ولامعنى لانشاء الايجاب والقبول به - وبعبارة اخرى - انها بحسب الفهم العرفى التمليك الخارجى لا الوجود اللفظى للانشاء والالما كان معنى لانشائه بل كان اظهاره اخبارا لاانشاء (الثانى) ماعن جمع من انها تمليك منفعة او عمل بعوض (وفيه) انه لايمكن الالتزام بالتمليك فى جملة من الموارد- منها - استيجار محل من غلة العين الموقوفة ليجتمع فيه الاموال الموقوفة وتكون محفوظة - فانه لايملكه احدكما لاتملك الغلة نفسها (الثالث) ما عن جماعة منهم المصنف ره وهو انها انتقال منفعة او عمل من شخص الى غيره بعوض مقدر (وفيه) ان الاجارة بحسب معناها العرفى قائمة بالمؤجر لا بالعوضين والانتقال قائم بهما - مع ان الانتقال اثر الاجارة لاعينها - وهناك تعاريف اخر ظاهر الفساد (فالحق) ان يقال انها اعطاء منفعة او عمل بازاء شيء و هذا بحسب الموارد يختلف اثره - فقد يكون اثره ملكية المنفعة او العمل كما فى غالب مواردها وقد يكون قيام المنفعة مقام عوضها فيما له من التعلق والاضافة بجهة - كالمحل الذى استؤجر لغلة المسجد من الغلة .

واما الجهة الثانية فعن الشيخ الاعظم ره ان لفظ الاجارة يستعمل عرفا فى نقل بعض الاعيان -كالثمرة على الشجرة- وايده بعضهم بان فى بعض الاخبار اسند الاجارة الى نفس الثمرة كصحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام تقبل الثمار اذا تبين لك بعض حملها سنة وان شئت اكثر وان لم تبين لك ثمرها فلا تستاجر (اقول) ان المراد من الثمرة على الشجرة ان كان هى الثمرة الموجودة فعلا فلا شبهة فى انها لا تقع موردا للاجارة ولا تصح اجارة الشجرة لتلك الثمرة - لانه لم يحتمل احد صحة استيجار عين لاجل عين اخرى موجودة كاستيجار الشاة للبنها المحلوب - وان كان المراد بها شأنية ظهورها عليها فاستيجار الشجرة لها وان كان صحيحا وتنتقل هى الى المستاجر الا ان الاجارة لم تستعمل فى نقل الاعيان بل فى نقل المنافع - واما الصحيح فالظاهر ان المراد بالاستيجار فيه الاشتراء - اذ من المعلوم ان ظهور الثمرة ليس شرطا فى استيجار الشجرة وانما هو شرط فى بيع الثمرة - وعليه فالمراد من لفظ التقبل فى صدره الشراء دون الاستيجار فالاظهر عدم استعمالها فى نقل الاعيان .

واما الجهة الثالثة فالظاهر كما اعترف به غير واحد ان الفاظ العقود برمتها اسام لاحد الطرفين و هو الايجاب و يظهر ذلك من ساير مشتقاتها - مثل آجرتك - وبعتك - ووهبتك - وما شاكل - نعم - الايجاب المجرد عن القبول لا يطلق عليه شىء من عناوين العقود حتى فى نظر الموجب بل الايجاب المشروط بتعقب القبول يصدق عليه ذلك فالقبول شرط لا جزء .

واما الجهة الرابعة. فالمشهور بين الاصحاب انها تمليك المنفعة او العمل بعوض واورد عليه بايرادات .

١ - ما عن المحقق الخراسانى وتبعه غيره - وهو ان الاجارة تتعلق بالعين ولا تتعلق بالمنفعة والعمل - يقال آجرتك دارى - ولا يقال آجرت سكنى دارى ولا عملى فيستكشف من ذلك ان معناها لا تعلق له بالمنفعة والعمل - ولهذا ذهب الى ان مفهوم

---

(١) الوسائل باب ٢- من ابواب بيع الثمار حديث ٣

الاجارة جعل العين بالاجرة وهى اضافة خاصة فى قبال اضافة الملكية (وفيه) ان مفهوم الاجارة على مسلك المشهور تمليك المنفعة وهذا لابدوان يتعلق بالعين اذلا معنى لتمليك منفعة المنفعة ـ وبعباره اخرى المنفعة ماخوذة فى مفهوم الاجارة فعدم تعلق الاجارة بالمنفعة لاينا فى كونها تمليكا للمنفعة ـ واما ماذكره فى معناها ـ فسياتى الكلام فيه انشاءالله تعالى .

٢ ـ ان المنفعة معدومة حال الاجارة فلا يقع التمليك عليها لانه من مقولة الاعراض وهى لاتتقوم الا بالمحل الموجود فلا يمكن ان تكون المنفعة موضوعاً للملكية (و فيه) ان للملكية مراتب ـ الاولى ـ الملكية الحقيقية ـ وهى عبارة عن السلطنة التامة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدوثا وبقاء وهى مخصوصة بالله تعالى لكونه محيطا بالموجودات احاطة قيومية ـ الثانية ـ الملكية الذاتية والسلطنة التكوينية ـ وهى الحاصلة بين الشخص ونفسه او عمله او ذمته ـ والمراد بالذاتى مالايتوقف تحققه على امر خارجى تكوينى او اعتبارى ـ لاالذاتى فى باب الكليات الخمس ـ وهو الجنس والفصل ر ولا الذاتى فى باب البرهان وهوما ما ينتزع من مقام الذات ـ والنفس ـ والعمل ـ والذمة مملوكة للشخص بالملكية الذاتية الثالثة ـ الملكية المقولية الخارجية ـ وهى عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة شىء بشىء ـ كالهيئة الحاصلة من التعمم والتقمص وماشاكل ـ الرابعة ـ الملكية الاعتبارية وهى التى يعتبرها العقلاء أوالشارع الاقدس من جهة المصلحة الداعية الى ذلك (اما) المرتبتان الاوليتان فهما غيرمربوطتين بالمقام وليستا من الاعراض (و اما) الثالثة فهى من المقولات وتسمى مقولة الجدة ـ وفى تحققها يحتاج الى محل موجودخارجى تقوم به(واما) الرابعة فهى ليست من الاعراض كى لا تتحقق الا بالمحل الموجود بل هى امر اعتبارى ـ والاعتبار لايحتاج الا الى طرف فى افق الاعتبار وهو كمايكون عينا خارجية ـ كك ـ يكون كلياً ـ بل ربما يكون المالك كليا ـ ككلى الفقيروالسيد فى باب الزكاة والخمس ـ و على ذلك فالمنافع و ان كانت معدومة الا انه من جهة

كونها مقدورة التسليم بتبع العين الخارجية و يترتب على اعتبار ملكيتها الاثر - لا مانع من اعتبارها .

٣- انمنفعه الدابة-مثلا- انماهي ركوبها-ومن الواضح انه من اعراض الراكب لاالمركوب وعرض الراكب لوكان مملوكاً فانماهو مملوك له لالصاحب المركب حتى تصح اجارته-وبالجملة- انمالايملكه المؤجر وهو مالك الدابة كيف يملكه المستاجر مع ان فاقد الشيء لايكون معطيا له(وفيه) ان المنافع من الركوب والسكنى وماشاكل من الامور التى تقوم بطرفين -احدهما- المنتفع- والاخر ما ينتفع به - مثلا - الركوب قائم بالراكب والمركب فهو من الجهة الاولى ليس مملوكا لصاحب الدابة لكنه من الجهة الثانية اى الاضافة الى الدابة يكون مملوكا لصاحبها فله تمليكه اياه (فتحصل) انه لامانع من الالتزام بان الاجارة عبارة عن تمليك المنفعة الاان الكلام فى تعين ذلك وسياتى ماهو الحق وقد عرفت ان هناك قولين آخرين:

احدهما -ماعن بعض المدققين و هو ان الاجارة تمليك للعين فى جهة خاصة فى مدة مخصوصة-واورد عليه- المحقق الاصفهانى ره بان معروض الملكية ان كان نفس تلك الجهة عاد محذور تعلق الملكية بالمنفعة و ان كان هى العين المخصصة بجهة و العين المتحيثة بحيثية مخصوصة بماهى مقيدة بها لزم اجتماع ملكين استقلاليين على عين واحده وتقييدها بالجهة تارة واطلاقها اخرى لايوجب تعدد الموضوع (اقول) ان عدم اجتماع ملكين استقلاليين فى مورد واحد ليس من جهة عدم اجتماع اعتبارين فان ذلك فى نفسه امر ممكن بل عدم الاجتماع يكون بالعرض و بواسطة التنافى فى الاثار فاذا فرضنا كون الملكين نحوين ولكل منهما اثر لاينافى الاخر لامانع من الالتزام باجتماعهما(فالصحيح) ان يورد عليه بان الاجارة ليست معاملة تاسيسية شرعية بل هى معاملة عقلائية متداولة بين جميع العقلاء امضاها الشارع الاقدس من دون ان يتصرف فى مفهومها و من الواضح ان العقلاء والعرف فى مقام الاجارة لايملكون العين - (مع) انه لوتم ذلك فى اجارة العين لايتم فى اجارة الحر نفسه للعمل فانه لايملك نفسه وهذا واضح جدا فهذا القول مما لايمكن الالتزام به .

ثانيهما ماعن المحقق الخراساني ره وهوان الاجارة جعل العين بالاجرة وهي اضافة خاصة في قبال اضافة الملكية - و بعبارة اخرى هي عبارة عن التسليط على العين للانتفاع بها بعوض (وفيه) ان للسلطنة على العين معان - الاول - السلطنة التكليفية اى الترخيص التكليفي في التصرف فيها - الثاني - السلطنة الوضعية - اى السلطنة على المعاملات ونفوذها - الثالث - السلطنة الفعلية الخارجية - الرابع - السلطنه الاعتبارية لا اشكال في ان المراد بالسلطنة الانشائية ليس هي السلطنة التكليفية او الوضعية او الخارجية (اما الاولى) فلان جواز التصرف اعم من مورد الاجارة مع ان جواز التصرف من آثار الملك واحكامه وللمالك ان ياذن في التصرف وليس بنفسه ممايقبل النقل والانتقال (واما الثانية) فلانه لايجوز تصرفات المستاجر المعاملية لنفسه (واما الثالثة) فواضح - فلا محالة يكون المراد السلطنة الاعتبارية المعبر عنها بالحق . و هي دون مرتبة الملكية - وحيث - انه ليس لكل احد سلطنتان على ماله - سلطنة ملكية - وسلطنة حقية اعتبارية - اذمع الاولى يكون اعتبار الثانية لغوا لامورد لها فلا تكون الاجارة التسليط على العين - فان فاقد الشيء لايكون معطيا - والسلطنة المترتبة على الملكية المعبر عنها بحق القبض على العين للانتفاع بها - انما هي السلطنة الوضعية والتكليفية لا الاعتبارية - اللهم الا ان يقال ان هذه السلطنة وان لم تكن ثابتة للمالك الا ان له اعطائها بالغير كما ان عمل الحر ليس ملكا للعامل و يملكه للمستاجر (ولكن) يرد عليه ان ثبوت هذا الحق له بمعنى له ان يعتبر حقا في العين للمستأجر لم يدل عليه دليل - مع ان المعاملات العرفية اى الاجارة التى يوقعها العرف والعقلاء ليست كك - ولا يخطر ذلك ببالهم فالاظهر ان الاجارة هي - تمليك منفعة او عمل بعوض كماافاده المشهور .

العقد و شرائطه

ثم ان الكلام يقع في مقامين - الاول - فيما يعتبر في الاجارة - الثاني - في الاحكام اما المقام الاول - ففي المتن (**و شروطها ستة**) ولكن ستعرف انها اكثر - الاول (**العقد و هو الايجاب و القبول الدالان بـالوضع**) اوغير الوضع ممايكون مبرزا عرفا

(على تمليك المنفعة) او العمل **(مدة من الزمان بعوض معلوم)** وتنقيح القول بالبحث في فروع -١- لاريب في احتياج الاجارة التي كما عرفت تمليك منفعة او عمل بعوض وذلك امر اعتباري قائم بالنفس- الى الابراز في الخارج- ويعبر عن مبرزها من المعتبر بالايجاب- وعن المبرز من الطرف بالقبول -وجه الحاجة- ان بناء العقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملات على الاعتبارات النفسانية المجردة -٢- يكفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور- لانه لم يدل دليل على انحصار المبرز في العقود والايقاعات بمبرز معين الا في بعض الموارد- فمقتضى الاطلاقات والعمومات كفاية كل مبرز فما في المتن- من التقييد بان يكون ذلك بالوضع لادليل عليه (واما) ما ذكرناه من اعتبار كونه دالاً عليه عرفاً - فوجهه ان بناء العرف والعقلاء على عدم ترتيب آثار المعاملة على الاعتبار النفساني المبرز بما لا يكون له شانية ذلك عندهم- كمالومشى بقصد انشاء الزوجية -وان شئت قلت- جريا على اصطلاح القوم انه يعتبر كون الانشاء بما يكون مصداقا لعنوان المعاملة.

جريان المعاطاة في الاجارة

-٣- هل يجري المعاطاة في الاجارة ام لا- فيه وجهان بل وجوه- قال المحقق الثاني في جامع المقاصد واعلم ان في كلام بعضهم ما يقتضي اعتبار المعاطاة في الاجارة و وكذا في الهبة ونحو ذلك -لانه اذا امره بعمل على عوض معين عمله و استحق الاجر ولو كان هذه اجارة فاسدة لم يجزله العمل ولا يستحق اجرة مع علمه بالفساد وظاهرهم الجواز بذلك انتهى وقريب منه ما عن المسالك (اقول) يمكن ان يكون ذلك من باب استيفاء العمل بالامر المعاملي الموجب للضمان- و كيف كان ففي المسألة اقوال (احدها) جريانها فيها مطلقا (ثانيها) عدم الجريان كك (ثالثها) التفصيل بين الاجارة على المنفعة فالاول- وبين الاجارة على العمل فالثاني .

والاظهر هو الاول بناء على ما هو الحق من صحة انشاء العقود والايقاعات بكل ما يكون مبرزا لها بلا اعتبار اللفظ في المبرز كما حققناه في كتاب البيع واوضحناه

واستدل لعدم الجريان فيها (تارة) بان المعاطاة انما التزمنا بجريانها فى البيع من جهة الاجماع والسيرة وهما غير ثابتين فى المقام (واخرى) بان الاجارة لازمة كما ياتى - والمعاطاة اما مفيدة الملكية الجائزة او الاباحة - فلا تجرى فيها (وثالثة) بانه ليس فعل صالح لانشاء الاجارة به فان اعطاء العين ودفعها يلائم مع تمليكها لا تمليك منافعها - ولا يعنون عند العرف بعنوان الاجارة - والكل مردود (اما الاول) فلما تقدم من ان مقتضى القاعدة جريانها فى جميع العقود والايقاعات (واما الثانى) فلما مر فى كتاب البيع من ان المعاطاة تفيد الملكية اللازمة - مع - انه لو دل الدليل على عدم لزومها فى مورد خاص يقيد به اطلاق ما دل على لزومها (واما الثالث) فلان محل البحث انشاء الاجارة بالفعل - ولم يقع عنوان المعاطاة تحت الدليل كى يقتصر على مورد تحقق التعاطى وعليه - فلو تم هذا الوجه فحيث انه مختص بالاعطاء الخارجي ولا يجرى فى جميع الافعال حتى مثل الاشارة بالرأس كما لو سئله سائل هل توجر دارك بزيد فتحرك رأسه وما شابه ذلك - فلا يعتمد عليه - مع - انه غير تام - فان اعطاء العين اعم من الهبة والصلح والقرض والبيع والاجارة فكما يقال - انه بالتساوم على البيع مثلا و قصد ذلك - يكون الاعطاء مصداقا للبيع على المشهور - ومبرزاله عرفاً على المختار - كذلك فى المقام نقول ان تسليم العين فى اول المدة بقصد اجارتها فى جميعها - يكون مع التساوم قبله - مصداقاً او مبرزالها .

واستدل للثالث - بانه فى اجارة الاعيان للمنافع يوجد فعل مبرز لعنوان الاجارة ولا يوجد ذلك فى اجارة الحر نفسه للعمل فان الفعل المبرز ليس الا العمل الخارجي وهذا ليس مصداقاً للاجارة المتعلقة بالنفس فلا تجرى فيها (وفيه) مضافا الى ما تقدم من ان هذا لو تم فانما هو فى الاعطاء لا فى كل فعل ولو كان هو الاشارة - انه اذا فرضنا التساوم على الاجارة يكون الشروع فى العمل بقصد اجارة نفسه على كل ما تساوما عليه ايجابا للاجارة - فالاظهر جريان المعاطاة فى الاجارة مطلقا .

ويجوز ان يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل لاطلاق الادلة وعمومها .

واستدل لعدم الجواز بانه ليس عقداً ولا معاطاة - وفيه - انه لم يرد دليل على لزوم

كون الانشاء بالعقد او المعاطاة-بل الدليل دل على لزوم الابراز بلاتعيين لخصوص مبرز فالاظهر كفايته :

انشاء الاجارة بصيغة البيع

-٣- هل يصح انشاء الاجارة بصيغة البيع -ام لا- لا اشكال فى عدم صحته لو قال فى الايجاب بعتك الدار مثلا . فان لفظ البيع اذا تعلق بالعين لاظهور له فى الاجارة حتى مع قصدها وقدمر اعتبار ذلك -انما الكلام -فيما لو قال بعتك منفعة الدار- اوسكنى الدار مثلا و قصد به الاجارة- فقد نسب الى المشهور عدم الصحة -وفى المسالك و ظاهر التذكرة ان ذلك اجماعى لانه نسبه الى علمائنا و لكن المصنف تردد و فى التحرير جعل المنع اقرب انتهى -وكيف كان فقد استدل لعدم الصحة بوجوه (احدها) ما عن الايضاح والمسالك -وهو ان كل عقد مخصوص له صيغ مخصوصة شرعاً فلابد من الاقتصار على القدر المتيقن والمراد من ذلك الالفاظ الواردة فى الاخبار فى مقام بيان الاحكام الثابتة للمعاملة والا فليس فى النصوص مايدل على ان عقد كذا صيغته كذا (وفيه) ان ذلك يتم اذا لم يكن لدليل المعاملة عموم او اطلاق والا فمقتضاه كفاية كل مبرز له كما مر (ثانيها) ان البيع وضع لنقل الاعيان فاستعماله فى نقل المنفعة مجاز-وقد ادعى الاجماع على عدم جواز الانشاء بالمجازات (وفيه) ان الانشاء بالمجاز اذا كان مع القرينة لا مانع عنه كما مر فى كتاب البيع (ثالثها) مافى الجواهر وهو استهجان العقد بذلك فى عرف المتشرعة (وفيه) مضافا الى منع الاستهجان- انه بمجرده لايمنع عن صحة الانشاء فالاظهر صحته- ويشهد له مضافا الى ما قدمناه (١) موثق اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام عن رجل فى يده دار ليست له ولم تزل فى يده ويد آبائه من قبل قد اعلمه من مضى من آبائه انها ليست لهم ولايدرون لمن هى فيبيعها ويأخذ ثمنها قال عليه السلام ما احب ان يبيع ماليس له-قلت فانه ليس يعرف صاحبها ولايدرى لمن هى ولا اظنه

---

(١) الوسائل باب ١ - من ابواب عقد البيع حديث ٥

يجيء لهارب ابدا- قال عليه السلام ماحب ان يبيع ماليس له- قلت فيبيع سكناها اومكانها في يده فيقول لصاحبه ابيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي قال عليه السلام نعم يبيعها على هذا،

شرائط المتعاقدين

الثاني مايعتبر في المتعاقدين- قال **(وان يكون ممن هوجائز التصرف)** واعتبار ذلك متفق عليه فيشترط فيهما- البلوغ -والعقل- والاختيار- وعدم الحجر لفلس اوسفه او رقية -اما الاول فيشهدله - مادل على عدم نفوذ تصرفات الصبي المعاملية - من قوله(١) تعالى «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم» وحديث رفع القلم الذي رواه(٢) في محكي الخصال عن ابن الظبيان عن امير المؤمنين عليه السلام في سقوط الرجم عن الصبي اماعلمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم -وعن المجنون حتى يفيق الحديث- ورواه(٣) ابو البختري عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام انه كان يقول في المجنون والصبي- رفع عنهما القلم - وفي موثق(٤) عمار عنه عليه السلام في حديث -فان احتلم قبل ذلك فقد وجب عليه الصلوة وجرى عليه القلم -والنصوص(٥) الدالة بالمفهوم والمنطوق على عدم جواز امر الصبي في البيع والشراء- وقد اشبعنا الكلام في كتاب البيع في ذلك وبينا دلالتها على عدم نفوذ معاملات الصبي مستقلا ولاتدل على انه لايكون لكلامه حكم اصلا - على ما ادعاه الشيخ في المبسوط على ما حكي في مسألة الاقرار- قال ان مقتضى رفع القلم ان لايكون لكلامه حكم انتهى- ولا على ان قصده -كلاقصد- ولذلك بنينا على صحة معاملة الصبي باذن الولي اذا كان بحيث يستند الى الولي لامثل الوكيل المفوض فراجع ماحققناه - نعم ماذكر من ان قصده كلاقصد يتم في الصبي غير المميز

---

(١) - النساء آية ٦

(٢-٤) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١-١٢

(٣) الوسائل - باب ٣٦ - من ابواب القصاص في النفس حديث ٢

(٥) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه وباب ٢ من ابواب كتاب الحجر

ولذلك لاتصح معاملاته حتى بهذا النحو المشار اليه .

واما الثانى وهو العقل ـ فيشهد له مادل على رفع القلم عنه ـ منه ماتقدم ـ ومنه النبوى (١) الذى رواه الوصى (ع) فى حديث رواه العامة و الخاصة على ماافاده المفيد ـ رفع القلم عن المجنون حتى يفيق ـ هذا مع القصد و الا فالامر اوضح.

واما الثالث ـ وهو الاختيار ـ فان اريد به القصد فاعتباره من القضايا التى قياساتها معها وان اريد به طيب النفس والرضا ـ فيشهد لاعتباره مادل (٢) على رفع مااستكره عليه بناء على ما تقدم فى كتاب البيع من شموله لجميع الاثار و الاحكام التكليفية والوضعية ولكن المشهور بين الاصحاب صحة اجارة المكره عليها اذا تعقبها الرضا واجازها بعد (ويمكن) ان يذكر للصحة فى مقابل ماقيل ـ من ان حديث الرفع يدل على رفع مااستكره عليه تكليفا كان ام وضعيا فاثبات التاثير للعقد الصادر عن اكراه ولو كان على سبيل جزء العلة كما يقول القائل بصحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا خلاف مقتضى الحديث وجهان (الاول) ان اثر العقد هو الملكية المستمرة من حين العقد واذا كان حديث الرفع مختصا بما فى رفعه منة يرتفع مقدار من الملكية الذى يكون ثبوته منافيا للامتنان وهى الملكية قبل الرضا واما الملكية بعده التى هى اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع فحيث انه لا امتنان فى رفعها فهى لاترتفع بالحديث (وبالجملة) الحديث انما يرفع مقدارا من الملكية التى هى باجمعها اثر العقد ويكون فى رفعه منة واما المقدار الذى لامنة فى رفعه وهى الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعا بالحديث (الثانى) ان الاثار انما تترتب على المنشآت لا الانشائات و هى امور باقية اعتبارا فلها حدوث و بقاء ومن الواضح ان المرفوع هو المكره عليه بهذا العنوان كما هو الشأن فى جميع العناوين المأخوذة فى الموضوعات فمادام يكون الاكراه باقيا لايترتب عليه الاثر واذا تبدل الى الرضا فهو يكون موثراً بقاء ونظير ذلك ما لواكره الجنب على الجلوس فى المسجد فانه مادام بقاء الاكراه تكون الحرمة مرتفعة ـ فاذا ارتفع الاكراه

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس وباب ١٢ ـ و ١٦ ـ من ابواب كتاب الايمان

يحرم الجلوس بقاء (فتحصل) ان الاظهر ماهو المشهور من صحة عقد المكره اذ اتعقبه الرضا - نعم - الاحوط عدم الاكتفاء به بل تجديد العقد بعد الرضا (واما) لو كان العقد مع الاضطرار كما اذا طالب منه ظالم مالا - فاضطر الى اجارة دار سكناه لذلك فالظاهر صحته كمافي البيع المضطر اليه - والوجه فيه عموم الادلة او اطلاقها - وحديث الرفع لوروده مورد الامتنان لا يرفع اثر العقد المضطر اليه .

حكم اجارة المحجور

واما الرابع - وهو عدم الحجر - فيعتبر في الاجارة على المنفعة مطلقا - وفي الاجارة على عمل الحر يفصل بين المفلس والسفيه - توضيح ذلك - انه لا اشكال في عدم صحة اجارة المفلس بعد الحجر عليه داره او عقاره لتعلق حق الغرماء بهما المانع عن ذلك - ولا مانع - من صحة اجارة نفسه لعمل او خدمة لان منافعه ليست موضوعا لحق الغرماء وليس تصرفا في في ماله كي يعمه مادل على المنع .

واما السفيه - فعدم جواز تصرفه في ماله بالتصرف المعاملي لا كلام فيه بينهم - انما الكلام في انه هل يصح اجارة نفسه للاكتساب - وفيه وجهان وقد ذكر في منشأ الوجهين من انه تصرف مالي فيشمله معقد الاجماع على عدم نفوذ تصرفه المالي - ويقتضيه العلة المستفادة من النصوص وهي الاحتفاظ بمصلحة اليتيم من حيث المال - ومن انه ليس تصرفا في ماله الموجود بل هو تحصيل للمال - ولا تعد منافعه من امواله فلا يشمله دليل المنع (اقول) ان كان مدرك عدم الجواز ما اشير اليه - فيرد عليه - ان الاجماع ليس تعبديا - والعلة ليست منصوصة - ولكن يمكن ان يستدل لعدم الجواز بالنصوص (١) الدالة منطوقا او مفهوما على عدم جواز امر السفيه فان اطلاقها يقتضي المنع حتى من اجارة نفسه ،

ثم انه قال صاحب الجواهر في كتاب الحجر والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال - و وافق في ذلك غيره من الفقهاء

---

(١) الوسائل باب ١ و ٢ من احكام الحجر - وباب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه وباب ٤٤ و ٤٦ من ابواب الوصايا -

كالمحقق الثانى (و فيه) ان البضع لايكون فى النكاح مقابلا للمال - فالاولى ان يستدل لفساد النكاح - بالنصوص الخاصة - كموثق (١) موسى بن بكر عن ابى جعفر عليه السلام اذا كانت المرئة مالكة امرها تبيع وتشترى وتعتق وتشهد وتعطى من مالها ما شائت فان امرها جائز تزوج ان شائت بغير اذن وليها وان لم تكن كك فلايجوز تزويجها الا بامر وليها. وصحيح (٢) الفضلاء عنه عليه السلام المرئة التى ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز .

شروط العوضين

- الثالث - فى شروط العوضين - وقد ذكر المصنف اربعة منها - وبضميمة ما تقدم تصير ستة قال - **(و العلم بالاجرة كيلا او و زنا و يكفى فيهما و فى غيرهما المشاهدة - و ان تكون المنفعة معلومة بالزمان و بالعمل - و ان تكون مملوكة او فى حكمها - و ضبط المدة بمالا يزيد ولا ينقص)** و تفصيل القول فى المقام - ان الفقهاء ذكروا فى شرايط العوضين - امورا وقالوا - او قال بعضهم انها تعتبر فى العوضين

الاول - المعلومية وهى فى كل شيء بحسبه - بحيث لايكون هناك غرر فلو آجره دارا - او حمارا - من غير مشاهدة ولا وصف رافع للجهالة بطل - و كذا لو جعل العوض شيئا مجهولا - والشاهد لاعتبار العلم بالعين المستاجرة والاجرة النبوى (٣) الذى رواه جماعة نهى النبى صلى الله عليه وآله عن الغرر - واورد عليه بايرادين - احدهما ضعف السند - الثانى - ان الغرر بمعنى الخدعه وحيث انها محرمة فالنهى عنه محمول على الحرمة النفسية دون الارشاد الى الفساد - وحيث انه قد ثبت فى محله عدم دلالة النهى على فساد

---

(١) الوسائل باب ٩ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٦

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ١

(٣) التذكرة ج١ ص٤٦٦ مسألة بيع الطير فى الهواء - ونحوه عن الشهيد وسبقهما الشيخ فى الخلاف

المعاملة ـ فهذا لا يدل على الفساد (ولكن) يدفع الاول ان ضعفه منجبر بعمل الاصحاب كما صرح به فى الجواهر ـ و يدفع الثانى ـ انه فى اللغة و ان ذكر للغرر معان ـ الخدعة والغفلة ـ والخطر ـ الا ان الظاهر ان ماهو بالمعنى الاول ـ هو غر يغر ـ بالضم ويكون متعديا وما هو بالمعنى الثانى هو غر يغر بالكسر ويكون لازما ـ واما الغرر ـ الذى هو جامد و غير مشتق فهو بمعنى الخطر ـ كما صرح به فى الاساس ـ والمصباح ـ والمغرب ـ والجمل ـ والمجمع ـ والقاموس ـ فالمراد ان النبى (ص) نهى عن المعاملة الموجبة للخطر ـ وحيث ان النهى فى باب المعاملات ظاهر فى الارشاد الى الفساد فيدل النبوى على الفساد مع الجهل بالعين المستاجرة او الاجرة ـ ويشهد له فى الثانى خاصة مارواه (١) المصنف ره عن النبى (ص) من استاجر اجيرا فليعلمه اجره ـ وخبر (٢) ابى الربيع الشامى عن الصادق (ع) عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فاى وجوه القبالة احل قال (ع) يتقبل الارض من اربابها بشىء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدى الخراج ـ

ثم ان غاية مايستفاد من النصوص ـ انما هو اعتبار العلم ومانعية الجهل ـ واما اعتبار الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون والعد فى المعدود على ما ذكره الاصحاب فلا يستفاد منها ـ والاصل عدمه ـ فيكفى المشاهدة كما فى المتن (وعن) الشيخ والسيد والمحقق وغيرهم من الاساطين الاعتبار (وعن) جماعة التردد فى المسألة (واستدل) للاولين بان الجهالة مانعة عن صحة الاجارة نصا و اجماعا ـ و ارتفاعها فى المكيل و الموزون بالمشاهدة غير معلوم ـ فان مرتبة منها و ان كانت مرتفعة بها ـ الا انها بتمام مراتبها لا ترتفع بها ـ ولا اقل من الشك فالمرجع اصالة الفساد (وفيه) ان المقيد لاطلاق الادلة عنوانان الخطر ـ و الجهل ـ فاذا سلم اجمال العنوانين فلابد من الاقتصار فى التقييد على المتيقن فالمرجع عند الشك اطلاق ادلة الاجارة وعموماتها .

(١) التذكرة ج٢ ص٢٩١ ـ المستدرك باب ٣ ـ من ابواب كتاب الاجارة حديث١
(٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب كتاب المزارعة والمساقات حديث ٥

يعتبر فى الاجارة القدرة على التسليم

الثانى ـ ان يكون العوضان مقدورى التسليم ـ فلا تصح اجارة مالا يقدر المؤجر على تسليمه بلا خلاف فيه فى الجملة ـ وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه ومدرك اعتبار هذا القيد امور :

١ ـ ان بذل المال بازاء ما لا يمكن تسلمه سفهى ـ فلا يشمله ادلة نفوذ المعاملات فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلائية (وفيه) اولا ان بذل المال القليل بازاء مال كثير يرجى حصوله ليس سفهياً بل ربما يعد عدم البذل سفهياً ـ وثانيا ـ ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة والدليل (١) انما دل على عدم نفوذ معاملة السفيه ولم يرد دليل على بطلان المعاملة السفهائية.

٢ ـ ان لازم العقد لزوم التسليم المشروط بالقدرة فمع عدم القدرة لا لزوم للتسليم فيلزم عدم تاثير العقد والالزم انفكاك اللازم عن الملزوم (وفيه) انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك فهو مسلم لانه يجب رد المال الى صاحبه الا ان هذا اللازم ليس لازما لا ينفك بل هو فرع التمكن منه ومع عدم التمكن يكون ملكاً له لا يجب تسليمه لعدم القدرة ـ وان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه فيرد عليه ان العقد عبارة عن تمليك المنفعة مثلا لا هو مع اعتبار امر آخر او تكليف آخر ـ وان اريد ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه فيرد عليه ان التعليق فى العقد موجب للبطلان وان اريد ان لزوم التسليم من احكام العقد من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذى وجوبه من احكام العقد فيرد عليه اولا ـ ان اوفوا بالعقود (٢) على ما حققناه فى محله يكون ارشاداً الى لزوم العقد ـ وعلى فرض كونه تكليفيا يكون مفاده لزوم العمل بمفاد العقد بعدم فسخه فعلى كل تقدير لا ربط له بالتسليم ـ وثانيا ـ ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة فتدبر

---

(١) ـ النساء آية ٦ الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر

(٢) المائدة آية ٢

٣- ان بناء المتعاقدين كلية على تسليم العوض والمعوض فهو من الشروط المبنى عليها العقد ويكون بحكم ذكره فى ضمن العقد (وفيه) اولا ان لازم ذلك ثبوت الخيار لاعدم صحة العقد كما هو الشان فى جميع موارد تخلف الشرط -وثانياً- ان هذا لايجرى مع علمهما بعدم القدرة .

٤- ان الغرض من المعاملة هو الانتفاع بالعوض ومع عدم القدرة على التسليم لايمكن تحقق هذا الغرض (وفيه) -اولاً- ان تخلف الاغراض والدواعى لا يوجب فساد المعاملة -وثانيا - ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق بل الانتفاع على فرض التسليم -وثالثا- نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم، مثلا يمكن ان يستاجر ارضاهى فى يد غير مالكها وآجره ذلك الغير باشخاص لان يباح لهم التصرف فيها .

٥ - ان ما لايقدر على تسليمه لايكون مالا عرفا فلا يصح جعله احد العوضين (وفيه) ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الاشياء بانفسها مع قطع النظر عن الاشخاص وهو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعاً لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه وهى صفة للشيء وان لم يكن هناك مالك - مع - انه لوسلم ذلك فانما هو فيما لايحتمل التمكن من التسليم كما لايخفى .

٦- ان المعاملة على ما لايقدر على تسليمه اكل للمال بالباطل (وفيه) ان المراد بالاكل بالباطل المنهى عنه بقرينة المقابلة بالتجارة عن تراض . التملك بالاسباب الباطلة كالقمار ونحوه والافغاية ماهناك كون اعطاء المال مجانيا وبلاعوض وليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل .

٧- النبوى (١) نهى النبى (ص) عن الغرر - واورد عليه (تارة) بانه مع معلومية العوضين ذاتا ووصفا عدم القدرة على التسليم لايوجب صدق كون المعاملة غررية بل الغرر انما يكون من جهة الاثار و الامور الخارجية (و اخرى) بانه مع تعذر التسليم

---

(١) التذكرة ج١ ص٤٦٦ ورواه الشهيد - وسبقهما الشيخ فى الخلاف

له خيار التعذر فلدان يفسخ ويسترجع العوض فلاغرر (وثالثة) بانه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض اليه لايكون هناك غرر (و رابعة) بانه مع امتناع تسليم العين المستأجرة للمستأجر للمستاجر الامتناع من تسليم الاجرة فلاغرر ـ وفى الكل نطر (اما الاول) فلان الملكية المجر دة لايترتب عليها شىء فتمليك شىء لايقدر على تسليمه يكون خطريا ـ واما ابعد ـ مابين هذه الدعوى ـ وبين ماافاده الشهيد ره من تفسير الغرر بالجهل بالحصول ـ وان كان هو ايضا اشتباها لعدم اختصاص الغرر بذلك (واما الثانى) فلان الخيار انما يكون فى العقد الصحيح ـ فلايمكن تصحيح العقد به (و اما الثالث) فلان نفوذ الشرط مشروط بكونه فى ضمن العقد الصحيح ـ فكيف يعقل تصحيح العقد به (واما الرابع) فلان الامتناع من تسليم الاجرة بعد فرض كونها ملكا للمستأجر لايوجب تدارك ماذهب من ملكه (فالمتحصل) ان الحق دلالة النبوى على فساد الاجارة مع عدم القدرة على التسليم ـ لكنه ـ مختص بصورة عدم احراز الامتناع ـ لان الحظر انما يطلق فيما اذا احتمل الحصول ولوضعيفا ـ ولكن اذا ثبت الفساد مع الاحتمال ثبت فى صورة القطع والاحراز بالاولوية القطعية .

ثم ان الاحتياج الى اقامة الدليل على اعتبار القدرة على التسليم انما هو فى المنافع ـ حيث ان لوجودها مقاما آخر ـ و اما فى الا عمال التى يكون وجودها وتسليمها واحدا ـ فلايحتاج الى اقامة الدليل اذ مالايقدر على تسليمه يمتنع وجوده وما امتنع وجوده لايقبل الملكية فتدبر .

ثم اندرتب على ذلك فى العروة عدم جواز اجارة العبد الابق وهذا متين واستشكل فى كفاية ضم الضميمة هنا كما فى البيع وقد اختلفت كلمات القوم فى المقام ـ فعن جماعة عدم الكفاية و هو ظاهر الجواهر فى كتاب الاجارة ـ و عن جماعة الاكتفاء به منهم السيد فى الانتصار ـ و الشهيد ـ و المحقق الاردبيلى ـ و صرح به صاحب الجواهر فى كتاب البيع ـ و تردد فيه جماعة ـ منهم المحقق فى الشرايع و المصنف ره فى جملة من كتبه .

و قد استدل للاول ـ بوجهين (احدهما)ما عن الانتصار و هو خروج المعاملة

بالضميمه عن كونها غررية (وفيه) ان كون بعض ما وقع عليه المعاملة معلوما ذاتا و وصفا وحصولا لايوجب كون المجموع غير غررى (الثانى) اولوية الاجارة من البيع لاحتمالها من الغرر ما لايحتمله البيع (وفيه) ان المناط غير معلوم حتى يدعى الاولوية بل بما ان فى بيع العبد يمكن الانتفاع به ولو كان آبقا بالعتق ولايمكن ذلك فى الاجارة فلا اولوية قطعا. فالاظهر عدم الكفاية - وقد خرجنا بذلك عما عليه بنائنا من عدم البحث فى احكام العبيد و الاماء .

يعتبر ان يكون العوضان مملوكين

الثالث - ان يكونا مملوكين فلا تصح اجارة مال الغير ولا الاجارة بمال الغير الا مع الاجازة من المالك والكلام يقع فى مقامين (الاول) فى اعتبار مملوكية العوضين (الثانى) فى اجارة مال الغير - والاجارة بمال الغير - واجارة المباحات الاصلية .

اما المقام الاول ففى الجواهر نفى الخلاف فى اعتبار مملوكية المنفعة - بل جعله من الواضحات - وقد استدل لاعتبارها بوجوه (الاول) الاجماع (وفيه) انه لو ثبت لم يثبت كونه تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (الثانى) ان بذل المال بازاء ما لايكون مملوكا سفه واكل للمال بالباطل (وفيه) انه لو فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا له كالكلى فى الذمة وعمل الحر بالاضافة الى نفسه لاتكون المعاملة سفهية ولا اكلا للمال بالباطل (الثالث) ما افاده صاحب الجواهر ره وهو عدم تحقق المعاوضة فى غير المملوكة (وفيه) ان المراد بكون الاجارة معاوضة كون كل من العوضين بازاء الاخر - لاكون كل منهما مملوكا قبلا لما عرفت من صحة ايجار الحر نفسه والاجارة بالكلى فى الذمة (مع) انه يصح اجارة الموقوفات على المصالح العامة ومنافعها ليست ملكا لاحد - فالاظهر عدم اعتبارها .

واما المقام الثانى - فيدل على عدم صحة اجارة مال الغير والاجارة بمال الغير و اجارة المباحات الاصلية - عدم تسلط المؤجر و المستأجر على التمليك فى هذه الموارد وعدم سلطانهما على العين المستاجرة والاجارة وعدم كونهما مالكين لامرهما

اما فى الاولين فواضح واما فى الاخير فلان المباحات الاصلية متساوية النسبة الى المؤجر والمستاجر وليست هى كالكلى و عمل الحر ليتعهد بها فى ذمته - ولا كالعين الشخصية المضافة اليه باضافة الملكية ليكون له السلطنة عليها فعدم جواز الاجارة فى هذه الموارد انما هو لاجل عدم تسلطه على المنفعة او الاجرة وعدم كونه مالكا لامرها لا لعدم الملكية فتدبر.

اعتبار بقاء العين باستيفاء المنفعة

الرابع من الشروط ماذكره سيد العروة - قال الرابع ان تكون العين المستاجرة مما يمكن الانتفاع بها مع بقائها فلاتصح اجارة الخبز للاكل ولا الحطب للاشعال وهكذا - ولم يتعرض الفقهاء ولا النصوص لهذا الشرط - ولعل السر فيه مع انه لا كلام عندهم فى بطلان الاجارة المفروضة - ان ذلك من مقومات الاجارة - فانها كما عرفت تمليك للمنفعة و المنفعة عبارة عن الحيثية والشان للعين تستوفى منها تدريجا - ولا يكون للخبز هذا الشان والحيثية فان اكله اتلافه لا استيفاء شان من شؤونه.

اعتبار اباحة المنفعة

الخامس ان تكون المنفعة مباحة فلاتصح اجارة المساكن لاحراز المحرمات او الدكاكين لبيعها او الدواب لحملها او الجارية للغناء او العبد لكتابة الكفر ونحو تلكم وتحرم الاجرة عليها كما هو المشهور - وفى الشرايع وربما قيل بالتحريم وانعقاد الاجارة - لامكان الانتفاع فى غير المحرم.

وقد استدل للفساد بوجوه (الاول). الاجماع - وهو كما ترى (الثانى) النبوى (١) المشهور ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه (وفيه) ان هذا النبوى لا اصل له فى اصول

---

(١) اورده العامة والخاصة فى كتبهم الاستدلالية - راجع مسند احمد ص ٣٢٢ - والبحار ج ٢٣ ص ١٧ - والخلاف ج ١ ص ٢٢٥ - والغنية وغيرها.

العامة والخاصة فان الموجود في كتب العامة هكذا(١) ان الله اذا حرم على قوم اكل شيء حرم عليهم ثمنه - فهو لم يثبت كونه رواية - وما في اصول العامة لضعف سنده وعدم انجباره بشيء لا يعتمد عليه (مع) ان عمومه على هذا لم يعمل به احد اذ كثير من الامور التي يحرم اكلها يجوز بيعها - بل الظاهر ان النبوي لو كان بذلك النحو لما كان يعتمد عليه - لان الشهرة الفتوائية وان كانت على وفقه الا ان الظاهر ولا اقل من المحتمل استناد القوم في فتياهم تلك الى الوجوه الاخر من اعتبار المالية في العوضين المتوقفة على كون المنفعة محللة - وغير ذلك وانما يذكرون النبوي تاييدا .

الثالث خبر (٢) جابر او حسن صابر عن الصادق عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر - قال - ع - حرام اجره (وفيه اولا) انه لو كان الخبر لجابر فهو ضعيف السند (وثانيا) ان ظاهره فساد الاجارة مع اتفاق وقوع بيع الخمر فيه بلا شرط و الزام وحيث انه معارض مع النصوص المستفيضة الاخر ولم يفت به احد فلابد من طرحه لاحمله على ارادة معنى آخر - ثم انه - على فرض التنزل وتعين حمله على معنى آخر لا يبعد دعوى اظهرية ارادة الفساد في صورة العلم بوقوع بيع الخمر فيه - وفي تلك الصورة ايضاً وردت نصوص (٣) تدل على صحة المعاملة وهي تكون معمولا بها .

الرابع ان الاجارة في الفرض اعانة على الاثم المحرمة كتابا و سنة واجماعا (وفيه) مضافا الى ما ذكرناه في محله من عدم حرمتها ان المعاملة ليست اعانة عليه بل الاقباض و التسليط الخارجي اعانة عليه (مع) ان حرمة المعامله لاتدل على الفساد كما حققناه في الاصول وفي اول الجزء الحاديعشر من هذا الشرح .

الخامس ان ادلة النهي عن المنكر تدل على حرمتها اذ لو وجب النهي للرفع

---

(١) مسند احمد ج١ - ص٢٤٧

(٢) الوسائل - باب ٣٩ - من ابواب مايكتسب به حديث١

(٣) الوسائل باب ٥٩ - من ابواب ما يكتسب به

فالنهى عن المنكر لدفعه اولى بالوجوب (وفيه اولا) ان الحرمة لاتلازم الفساد (وثانيا) ان الدفع ليس بواجب كما حققناه فى الجزء الحاديعشر من هذا الشرح (وثالثا) ان وجوب الدفع لايلازم حرمة الاقباض و التسليط (ورابعا) انه لوحرم شيء فهو التسليط لا المعاملة.

السادس ان فعل المباح للتوصل به الى الحرام حرام فالاجارة لان ينتفع بالعين بمايكون حراما حرام (فيه) اولا ان الحرمة اعم من الفساد ـ وثانيا ـ ان مقدمة الحرام لاتكون محرمة الاما لاينفك الحرام عنه .

السابع مافى خبر(١) تحف العقول ـ كل امر نهى عنه من جهة من الجهات فمحرم على الانسان اجارة نفسه فيه ـ وهو وان اختص بالعمل المحرم الا انه يثبت فى المنفعة المحرمة بعدم الفصل (وفيه) انه ضعيف السند للارسال ولم يثبت استناد الاصحاب اليه

الثامن يعتبر سلطنة من يعامل على شيء عليه ـ ولا سلطنة على التصرف شرعا مع تحريمه شرعا فالحرمة توجب سلب القدرة والسلطنة على التصرف (وفيه) ان السلطنة الوضعية تعتبر فى نفوذ المعاملة والسلطنة التكليفية لادليل على اعتبارها والحرمة توجب سلب الثانية دون الاولى .

التاسع انه قدمر اعتبار القدرة على التسليم فى صحة المعاملة ـ ومع الحرمة لاقدرة عليه لان الممنوع شرعا كالممتنع عقلا (وفيه) ان مدرك اعتبارها قد عرفت انه لزوم الغرر مع عدمها ومن الواضح ان هذا يختص بالقدرة العقلية اذ مع عدم القدرة شرعا والقدرة خارجا لايصدق الغرر من حيث حصول مورد الاجارة .

العاشر ان المنفعة المحرمة والعمل المحرم غير مملوكين فلا ملك حتى يملك بالاجارة (وفيه) مضافاً الى ما تقدم من عدم اعتبار الملك فى الاجارة بل لاملك فى العمل مطلقا ـ ان الحرمة لا توجب سلب الملكية الاعتبارية .

فالصحيح ان يستدل لاعتبار تلك بان المنفعة المحرمة و العمل المحرم

---

(١) الوسائل ـ باب ١ ـ من ابواب احكام الاجارة حديث ١

لامالية لهما شرعا اذا اشارع المقدس بالنهى عنهما اسقط ما ليتهما - فلايقبلان لوقوع المعاوضة عليهما فتدبر (وما افاده) المحقق الاصفهانى ره بان منفعة الدار مثلا هى الحيثية القائمة بالدار وهى كونها مسكناً دون السكنى الذى هو من اعراض الساكن وما هو قابل للتحريم هى الجهة الثانية - وما هو مورد المعاوضة هى الجهة الاولى (يرد عليه) ان مالية الحيثية الاولى انما تكون بلحاظ الجهة الثانية كما هوواضح فالتحريم يوجب سلب ماليته ايضاً (كما) ان ماافاده قده بان الحرمة فى فرض كون المنفعة اوالعمل مالاعندالعقلاء منع عن ايجاد المال لا انها اسقاط للمالية (غير صحيح) فان اعتبار المالية انما يكون بلحاظ الاثار الراجعة نفعها الى الشخص فاذا فرضنا حرمتها ومبغوضيتها وكونها مفسدة ومضرة لااثر كك كى تعتبر المالية (فان قلت) ان حسن(١) ابى اذينة، كتبت الى ابى عبدالله ع عن الرجل يؤاجر سفينته اودابته ممن يحمل فيها او عليها الخمر والخنزير قال ع لاباس، يدل على الجواز (قلت) انه يدل على جواز الاجارة ممن يفعل ذلك لا الاجارة لخصوص هذه المنفعة التى هى مورد البحث مع انه لادليل على حرمة الحمل.

يعتبر امكان استيفاء المنفعة

السادس ان تكون العين مما يمكن استيفاء المنفعة المقصودة منه فلا تصح اجارة الارض للزراعة اذالم يمكن ايصال الماء اليها مع عدم امكان الزراعة بماء السماء اوعدم كفايته (وقد استدل) المحقق الاصفهانى ره لاعتبار ذلك بان استيفاء المنفعة تابع لامكانه وحيث لا تصلح الارض للزراعة فعلا فهى غير واجدة لهذه المنفعة وما لامنفعة له لاتعقل فى حقه حقيقة الاجارة (وفيه) ان المنفعة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين وهى موجودة بوجود العين على حد وجود المقبول بوجود القابل - وهذه الجهة لاتنعدم بواسطة عدم امكان ايصال الماء الذى هو شرط استيفاء المنفعة لاشرط وجودها

---

(١) الوسائل باب ٣٩ من ابواب مايكتسب به حديث٢

وتحققها (فالاولى) الاستدلال لاعتباره بانه مع عدم امكان استيفاء المنفعة لاتعد مالا عرفا فلا تصح المعاوضة عليه.

يعتبر تمكن المستاجر من الانتفاع بالعين

السابع - ان يتمكن المستاجر من الانتفاع بالعين المستاجرة فلاتصح اجارة الحائض لكنس المسجد مثلا كذا فی العروة - اقول يقع الكلام فی موردين - الاول - فی الكبری الكلية - الثانی - فی المثال .

اما المورد الاول - فان كان عدم امكان الانتفاع لالقصور فی العين ولا لمنع شرعی بل لمانع يمنعه عن ذلك اوقصور فی المستاجر - لا اشكال فی صحة الاجارة اذا كان المنع شخصيا لعموم ادلتها بعد عدم وجود ما يصلح مانعا عن الصحة اذ الانتفاع الخارجی من الدواعی والاغراض التی لايضر تخلفها - وان كان لمنع شرعی بطلت الاجارة لما مر من اعتبار اباحة المنفعة - وان كان لقصور فی العين - بطلت ايضاً من جهة عدم وجود المنفعة فی الحقيقة كما لايخفی .

واما المورد الثانی - فقد استدل علی بطلان الاجارة فيه بوجوه - (الاول) ما فی حاشية المحقق النائينی ره وهو انه يشترط اباحة المنفعة ومملوكيتها - والمنفعة المفروضة محرمة فلاتصح اجارتها ووافقه المحقق الاصفهانی ره (وفيه) ان المنفعة لاتكون محرمة بل هی تتوقف علی فعل محرم وهو اللبث فی المسجد فان هذا محرم علی الحائض واما الكنس بما هو فلايكون محرما (الثانی) ان النهی عن الدخول واللبث الذين هما مقدمة للكنس يكون معجزاً شرعيا عن فعل المستاجر عليه - وقد تقدم اعتبار القدرة عليه فی صحة الاجارة (وفيه) ما تقدم من ان مدرك اعتبار القدرة علی التسليم هو لزوم الغرر و الخطر مع عدمها - غير اللازمين فی المقام (الثالث) ان الاجارة فی المثال - ترغيب الی فعل المنكر وهو حرام (و فيه) ان الترغيب الی فعل المنكر لم يدل دليل علی حرمته - و ثانيا ان حرمة المعاملة اعم من فسادها .

فى اعتبار تعيين العين المستاجرة

ثم ان تمام الكلام فى هذا المقام بالبحث فى فروع -الاول- لا بد من تعيين العين المستاجرة بلا خلاف فيه فى الجملة فلو آجر احد العبدين او احدى هاتين الدارين لم يصح كما هو المشهور - وتنقيح القول فى ذلك ان اجارة احد الشيئين تتصور على وجوه (الاول) ان يكون ذلك على وجه الترديد (الثانى) ان يكون على وجه الكلى فى المعين (الثالث) ان يكون ذلك معينا فى نفسه مرددا عندهما او عند احدهما (اما) الوجه الاول ففساد الاجارة فيه واضح اذا لمردد من حيث هو مردد لاوجود له فى الخارج اذ كل مافى الخارج لامحالة يكون معينا المساوقة الوجود للتعين فلا يصح اجارته (واما) الوجهان الاخير ان فان كان الشيئان مختلفين فى الصفات التى تختلف بها الرغبات او المالية لم تصح الاجارة للغرر - و الا فلا وجه لبطلان الاجارة سوى الاجماع المنقول وهو مع معلومية مدرك المجمعين وذهاب جمع من الاساطين الى عدم مانعية الجهل من حيث هو كما تقدم لا يصلح لان يستند اليه فى المنع .

و مما ذكرناه ظهر وجه اعتبار تعيين نوع المنفعة اذا كانت للعين منافع متعددة فهل تصح اجارة الشىء بجميع منافعه مع التعدد فيكون المستاجر مخيرا بينها ام لا- وجهان. وقد استدل للثانى بوجهين (الاول) ان مجموع المنافع مع عدم تعدادها او معهوديتها بينهما بحيث يكون بمنزلة التفصيل غرر وجهالة واضحة منهية عنها بالاجماع (وفيه) ان عمدة وجه هذا الايراد ان لكل شخص او عين منافع خفية يتعذر او يتعسر استقصائها ولكن يمكن دفعه - بانه اذا ذكر المنافع الظاهرة للشىء او كانت معهودة بينهما جاز ادخال المنافع الخفية فى عموم لفظ الجمع تبعا ولا يعد ذلك عند العرف من الغرر والجهل المانع (الثانى) ان المنافع المتضادة للشىء حيث انها ليست مقدورة قدرة عرضية لان اجتماع الضدين ممتنع -لا تكون مملوكة ملكية عرضية اذ قد عرفت ان من شرائط ملكية المنفعة عند العقلاء القدرة عليها - و انه اذا لم تكن المنفعة مقدورة لا تكون

مملوكة فالمنافع المتضادة غير مملوكة بالملكية العرضية بل هى مملوكة بالملكية البدلية كما تكون مقدورة بالقدرة البدلية ـ وعليه ـ فلا يجوز تمليكها عرضا ـ ولا بدلا للزوم الغرر (واجاب) عنه جمع منهم المحقق النائينى ره بان المملوك هو القدر المشترك بين انواعها المتضادة و الجامع لمراتبها الطولية فعقد الاجارة يتعلق بذلك القدر المشترك بما له من الشمول لمراتب الانتفاع و يملك المستاجر ذلك و يتخير فى استيفاء اى مرتبة شاء فى ضمن اى الانواع (و فيه) ان خارجية الكلى انما تكون بخارجية افراده واذا كانت الافراد الخارجية متعددة لزم تعدد وجود الكلى ـ فان تعلق الاجارة بجميع وجوداته عاد المحذور اذ كما ان الافراد متضادة لاتقبل الملك كك الوجودات من الكلى المتحد مع افراده ـ وان تعلقت بوجود واحد على البدل بنحو الترديد بطلت اذ المردد لاوجود له ـ وان تعلقت بواحد معين كان ذلك خلف الفرض ـ وان تعلقت بالكلى فى المعين بطلت للغرر (والحق) فى الجواب ان يقال ان المنفعة هى حيثية الشىء وشانه القائم به بالقوة ـ وهذه الشانية والقابلية لاتضاد بين انواعها و يمكن اجتماع الجميع لابمعنى اندراج جميع القوى تحت قوة واحدة فان ذلك باطل ـ بل بمعنى ان تلك القوى المتعددة موجودة على تعددها فلا مانع من ملك جميع تلك الوجودات ـ وعلى الجملة ان كل منفعة مملوكة لانها مقدورة بنفسها وان لم تكن المجموع مقدورة ـ فالاظهر صحة اجارة العين بجميع منافعها .

طريق معلومية المنفعة

الثانى ـ معلومية المنفعة ـ اما بتقدير المدة والزمان كما اذا كانت المنفعة غير العمل كسكنى الدار شهرا مثلا ـ او كانت هو العمل فى بعض الموارد كالخياطة المعلومة يوماً ـ واما بتعيين المحل كما اذا كانت هو العمل فى بعض الموارد كخياطة ثوب معين ـ و اما ان تكون بهما ـ واما ان تكون بالعدد كما فى ضراب الفحل ولا اشكال فى شىء من ذلك .

انما الاشكال والكلام فيما اذا قدر المدة و العمل فيما يصلح لكل منهما ـ مثل ـ ان يستاجره لخياطة ثوب معين ـ و تفصيل القول فيه ـ ان فى المقام مسألتين ـ (احداهما) فيما اذا كانت المدة ماخوذة ظرفا (ثانيتهما) فيما اذا كانت المدة ماخوذة على نحو التطبيق.

اما الاولى ـ فان علم سعة المدة لا اشكال فى الصحة ـ وان علم عدم السعة فان كان اخذ المدة من قبيل الشرط فسد الشرط لعدم القدرة وبطلت الاجارة بناء على ان الشرط الفاسد مفسد ـ والا صحت ـ وبه يظهر ما فى اطلاق كلمات القوم من الحكم بالبطلان فى هذا الفرض مع ان جمعا منهم بنوا على عدم مفسدية الشرط الفاسد وان كانت ماخوذة عنوانا لموضوع الاجارة بطلت لعدم القدرة ـ و ان شك فى السعة ـ ففى الجواهر الحكم بالصحة وقيل تبطل الاجارة ـ وتردد فيه المحقق فى الشرايع (واستدل) للبطلان بان استيفاء العمل فى المدة قد لا يتفق فلا يكون معلوم القدرة عليه (واستدل) فى الجواهر للصحة بان المسلم خروجه من عموم الادلة معلوم العجز (و الحق) ان يقال ان اخذ الزمان ان كان على وجه الشرطية بطلان الشرط مبنى على بطلان الشرط الغررى ـ ثم بطلان الاجارة مبنى على القول بمفسدية الشرط الفاسد ـ وان كان ماخوذا عنوانا لموضوع الاجارة بطلت للغرر.

واما المسألة الثانية فان علم سعة المدة و امكان التطبيق صحت (ودعوى) فساد الشرط لكونه سفهيا (مندفعة) بان محل الكلام ما لو تعلق غرض عقلائى به مع ان الشرط السفهى لا دليل على بطلانه وان علم عدم امكان التطبيق او عدم سعة المدة ـ فان كان على وجه الشرط بطل الشرط بناء على فساد الشرط الغررى ـ وبطلت الاجارة بناء على مفسدية الشرط الفاسد ـ وان كان على وجه العنوانية بطلت الاجارة ـ وان شك فى امكان التطبيق ـ فعن المبسوط والمهذب وفقه القرآن والسرائر وغيرها البطلان ـ وعن المحقق التردد فيه وذهب فى الجواهر الى الصحة ـ ويأتى فيه التفصيل الذى ذكرناه فى المسألة الاولى .

استيجار الدابة للحمل عليها

الثالث - اذا استاجر دابة للحمل عليها لابد من تعيين ما يحمل عليها بحسب الجنس والوزن بلا خلاف فيه فى الجملة للغرر المنهى عنه - واختلاف الفقهاء فى جملة من فروع المسألة - مثل - كفاية المشاهدة - والتخمين - واعتبار ذكر الحركات والسكنات للراكب - ونحو تلكم - انما يكون من جهة الخلاف فى وجود الغرر وعدمه - او فى كونه قادحا لكونه مما يتسامح فيه الناس .

و حق القول فى المقام ان يقال ان الغرر الذى هو بمعنى الخطر موجب لفساد الاجارة ويجب المحافظة عليه (فان) احرز ذلك وانه من عدم تعيين المحمول وزنا وجنسا - او الحامل وصفا - يلزم الغرر لاينبغى التوقف فى لزوم التعيين - من غير فرق بين ان يختلف القيمة باختلاف الوزن او الجنس ام لا لعدم دوران الغرر مداره بل هو يدور مدار اختلاف الاغراض - مثلا - المحمول قد يكون حديدا - وقد يكون قطنا - ولو كان وزنهما واحدا لابد من تعيين الوصف ايضاً فانه من عدم تعيينه يلزم الغرر لاختلاف الاغراض باختلاف الاوصاف فان الحديد يجتمع على موضع من الحيوان فربما عقره (وان) احرز عدم الغرر - لااشكال فى الصحة (ولو شك) فى ذلك - فالاظهر بحسب القواعد البطلان فان عمومات الاجارة خصصت بالغرر فمع الشك فيه التمسك بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهة المصداقية .

ولكن يمكن البناء على الصحة فى جملة من الموارد - لوجوه - (الاول) ان البناء على عدم كفاية المشاهدة او التخمين واعتبار الوزن حرج عظيم وعسر جسيم - ولاجل ذلك قامت السيرة القطيعة على الاكتفاء باحدهما - ولذا قال فى محكى التذكرة ان المشاهدة من اقوى طرق العلم (الثانى) ان الاختلاف اذا كان قليلا وكان لايختلف به الاغراض بحسب النوع يمكن دعوى انصراف الغرر عنه فيتبع فيه العمومات (الثالث) استصحاب عدم الغرر ازلا - وهذا لايخلو عن اشكال وتفصيل القول فيه يحتاج الى بسط فى المقال لايسعه المجال .

و بهذا يظهر حكم استيجار الدابة للركوب ـ وانه لابد من مشاهدة الراكب اووصفه كما لابدمن مشاهدة الدابة او وصفها حتى الذكورية و الانوثية ان اختلفت الاغراض بحسبها .

ولواستاجر الدابة لحرث جريب معلوم فلابد منمشاهدة الارض او وصفها كما عن جماعة و عن التذكرة اعتبار المشاهدة خاصة ـ وعن المسالك اعتبار الوصف خاصة ـ واستدل للثانى ـ بان اجزاء الارض مختلفة صلابة و رخاوة وحرث الصلب صعب مستصعب بخلاف الرخوة ومثل هذا لايعرف بالمشاهدةـواستدل للثالث ـ بان المشاهدة لاتحيط بباطن الارض واما الوصف فقد يكون صاحبها عارفا بمافىالباطن-

و لكن الاظهر هو الاول لقيام السيرة القطعية على اغتفار هذا المقدار من الجهالة الباقية بعد المشاهدة او الوصف اما لاجل ماتقدم ـ اولان الاطلاع على باطن الارض هناكالاطلاع على صفات العبيد والاماء الباطنية فى البيعالتى لااشكال عندهم فى اغتفارجهالتها فيه .

و اذا استاجر دابة للسفر مسافة لابدمن بيان زمان السير من ليل او نهار الا اذاكان هناكعاة متبعة فيستغنى بهاعنالتعيين هكذاذكرهجماعة(وعن) المسالك انه لولميمكن التعيينكطريق الحج يشكل الحكمحومقتضىالقاعدة الفساد(وعن)التذكرة والقواعد وجامع المقاصد عدم لزوم التعيين بليتبع القافلة (وعن) ظاهر الوسيلة والكافى وغيرهما من القدماء عدم اعتبارتعيين الوقت(والحق)ان يقالانهلايعتبر هذه المداقاتفىالاجارة ـ فان كان الاغراض مختلفة و الاجرة متفاوتة يعتبر التعييندفعا للغرر ـوالافلا ـولعل نظر القدماء فىحكمهمبعدمالاعتبار الى الثانى ـ كما ان نظر المتاخرين الىالاول ـ

حكم مالو قال آجر تك كل شهر بدرهم

الرابع ـ ما كان معلوميته بتقدير المدة لابدمن تعيينها شهرا او سنة او نحو ذلك ولوقال آجر تك كلشهر بدرهم ـفهلتصح مطلقاكماعنالشيخوابن زهرة وابن

الجنيد ـ ام تبطل كك كما عن جماعة وفى الجواهر بل لعله المشهور بين المتاخرين ـ ام تصح فى شهر و تبطل فى الزيادة كما عن المقنعة والنهاية وفى الشرايع ـ وجوه واقوال ـ وعن مفتاح الكرامة ان هنا قولا رابعاً اختاره الحلى وهو الفساد مع الاطلاق والصحة مع تعيين الابتداء ـ ولكن الظاهر منه هو الحكم بالبطلان فى المقام ـ والصحة فى المسألة الاتية وهى ما لو قال ـ آجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه .

ثم ان الوجوه المتصورة فى المراد من هذه العبارة متعددة (الاول) ان يكون المراد تمليك المنفعة الابدية فيكون قوله كل شهر بدرهم ميزانا للاجرة (الثانى) ان يكون المراد تمليك المنفعة فى الشهر الاول بدرهم و فيما زاد بحسابه (الثالث) ان يكون المراد تمليك طبيعى المنفعة القابلة للتطبيق على شهر او اكثر (الرابع) ان يكون المراد تمليك المقدار الذى يختاره المستاجر خارجا (اما) الوجه الاول فهو خلاف ظاهر هذه الجملة و على فرض كونه مرادا منها تبطل الاجارة من جهة عدم المبرز للمدة ـ فان قول كل شهر بدرهم انما هو لبيان ميزان الاجرة فلا كاشف عن المدة التى اوجر فيها ـ فتبطل لذلك (مع) ان لازم صحة تلك انتقال منفعة الدار الابدية الى المستاجر بنحو لاخيار له ولا للمؤجر ولا اظن ان يلتزم بذلك احد فى المثال (واما) الوجه الثانى فهو ايضاً خلاف الظاهر فان الظاهر منها انشاء امر واحد لا امرين ـ و سيأتى الكلام فى هذا الفرع (واما) الوجه الثالث فهو ايضاً خلاف الظاهر فان لازمه وحدة الاجرة لا كل شهر بدرهم كما هو المفروض (فالمتعين) هو الوجه الرابع ـ

و استدل للبطلان مطلقا بوجوه (الاول) ما فى الشرايع وهو جهالة الاجرة ـ واورد عليه (تارة) بانه لا جهالة فيها اذ منفعة الدار معلومة كل شهر منها بكذا (و اخرى) بان هذه الجهالات لا تضر لا سيما فى الاجارة (ولكن) يمكن دفعهما بانه بما ان الاجارة واحدة ولا يعلم مدة الاجارة فلا محالة لا يعلم مقدار الاجرة ـ وانه درهم او درهمان او اكثر ومن البين ان مثل هذا الجهل موجب للغرر وعليه فتبطل الاجارة لذلك (الثانى) جهالة المنفعة ـ واورد عليه بان المنفعة انما تكون مالا بلحاظ بذل الاجرة بازائها ـ وعليه ـ فلا اثر للعلم والجهل بها نفسها ـ بل لو اوجب الجهل بها البطلان فانما هو بلحاظ الجهل

بالمالية الموجب للغرر وهو انما يكون بالجهل بالاجرة فيتعين التعليل بالجهل بالاجرة خاصة كما صنعه المحقق فى الشرايع (وفيه) ان المنفعة كالعين انما تكون ماليتها بلحاظ ما يترتب عليها من الفوائد والاثار فهى مال مع قطع النظر عن جعل الاجرة بازائها وايقاع العقد عليها ـ والظاهر ان منشأ تعليل الشرايع بالجهل بالاجرة خاصة انما هو مناسبة ذكر الفرع فى احكام الاجرة فيناسبه التعليل بلزوم الخلل فى الاجرة (الثالث) ان المنفعة حيثية وجودية للعين قائمة بها وموجودة بوجودها وحيث انها تدريجية الوجود فهى محدودة بالزمان ـ فالمنفعة غير المتعينة بالزمان مفهوم لامطابق لها (وفيه) ان المفروض تعينها مع فرض الاستيفاء فالاظهر فى وجه البطلان لزوم الجهل بالمنفعة ـ وبالاجرة .

و قد استدل للصحة بالعمومات بعد ابطال ادلة المانعين بما تقدم ـ وقد عرفت عدم تماميته فلامورد للتمسك بالعمومات .

و استدل للقول الثالث ـ اى الصحة فى الشهر الاول ـ بصدق المعلومية عرفا بالنسبة الى الشهر الاول من جهة ان المراد من ذلك عرفا هذا الشهر بدرهم وكل شهر تسكنه كك ـ اوان هذا مقتضى حمل الاطلاق فى الاجارات المطلقة بحسب الزمان على الزمان المتصل بالعقد ـ وبفحوى مصحح (١) ابى حمزة عن الباقر عليه السلام الوارد فى من اكترى دابة الى مكان معين بشىء معين ثم قال فان جاوزته فلك كذا وكذا زيادة ويسمى ذلك ـ قال عليه السلام لابأس به كله ـ وفى الكل نظر ـ (اما الاول) فلان الشهر الاول هو المتيقن وهذا لايوجب معلومية المنفعة والاجرة بعد كون الاجارة اجارة واحدة لاتعدد فيها (واما الثانى) فلان الاطلاق يقتضى تعين الابتداء وانه المتصل بالعقد وهذا اعم من المعلومية (واما الثالث) فلان الظاهر من المصحح تعيين المنفعة والاجرة وان قوله فان جاوزته شرط ـ او مواعدة و مراضاة وعلى كل حال اجنبى عن المقام ـ فالاظهر هو البطلان مطلقا .

---

(١) الوسائل باب ٨ ـ من ابواب الاجارة حديث ١

تصحيح الاجارة المزبورة بعنوان آخر

ثم ان بعض الفقهاء افاد انه على القول ببطلان الاجارة المفروضة بعنوان الاجارة يمكن تصحيحها بعنوان الجعالة او بعنوان الاباحة بالعوض .

اما تصحيحها بعنوان الجعالة فقد ذكر له تقاريب - ١ - مافي الجواهر بان يقول الساكن مثلا جعلت لك على كل شهرا سكنته درهما (وفيه) ان الجعالة عبارة عن جعل شيء على نفسه لمن يعمل عملا له - واما جعل شيء لغيره بازاء عمل نفسه فهو خارج عن الجعالة . وبعبارة اخرى في الجعالة يكون الجعل للعامل وهنا يكون على العامل - ٢ - ما ذكره بعض وهوان يجعل المستأجر الاجرة في قبال اسكان المالك (وفيه) ان الاسكان لامالية له و الاجرة انما تكون بازاء متعلق الاسكان و هو السكنى كماهوواضح - ٣ - ان يقول المؤجر من استوفى منفعة داري عليه كذا (وفيه) ان الجعالة كما عرفت جعل شيء على نفسه للعامل - وهذا جعل شيء له على من يستوفي منفعة ملكه - ٤ - ان يجعل منفعة الدار لمن اعطاه درهما مثلا . ولاارى في ذلك محذورا - سوى جهالة العوض وفي مبطليتها للجعالة كلام سياتي .

واما تصحيحها بعنوان الاباحة بالعوض - فالكلام فيه يقع في جهات . الاولى - في الاباحة بالعوض موضوعا وحكما - الثانية في تطبيقها على المقام - الثالثة - في كفاية هذه الجملة لانشائها .

اما الاولى فالكلام فيها في موارد (الاول) في حقيقتها - وانها هل تكون بيعا - ام اجارة - امصلحا - ام معاملة مستقلة - (الثاني) في الدليل على صحتها و نفوذها (الثالث) في انها على فرض الصحة لازمة ام جائزة .

اما الاول - فلاريب في انها ليست تمليكا للعين - ولا للمنافع - ولا للانتفاع - اما الاولان فواضح - واما الاخير - فلان الانتفاع قائم بالمباح له ومن افعاله فكيف يملكه - وايضاً ليست من قبيل اعطاء حق به فان جواز التصرف من الاحكام التكليفية لامن الحقوق و لذا ليس له اسقاطه ولا اعطائه و نقله الى غيره - و على هذا - فهي

ليست اعطاء شيء بالمباح له بازاء شيء فلا تكون بيعا - ولا تكون نقلا للمنافع فلا تكون اجارة - وليست انشاء للتصالح و التسالم على امر كما هو واضح فلا تكون صلحا - و بعبارة اخرى ان الصلح ليس هو التسالم على امر والا لازم كون جميع المعاملات صلحا - بل الصلح المقابل لساير العقود مسالمة عقدية وانشاء للتسالم - ومن الواضح انها لا تنطبق على المقام (بل) هي اباحة تكليفية للتصرفات ورفع للمنع عنها فهي معاملة مستقلة .

واما الثاني فيدل على صحتها آية التجارة(١) عن تراض - لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض - فان التجارة عبارة عن التكسب والاسترباح الشامل للمقام ولا وجه لما قيل من انها عبارة عن التكسب بالمال فلا يشمل المقام - والنبوي (٢) الناس مسلطون على اموالهم فان مقتضى عمومه الانواعي ان للمالك التصرف في ماله بجميع انواعه منها اباحته للغير بالعوض - و بالسيرة العقلائية القائمة على الاباحة بالعوض المسمى كما هو المتعارف في اجارة الدكاكين والفنادق وما شاكل اذ الانسان يستأجر الدكان من مالكه شهرا مثلا بمبلغ ثم يبنيان على انه كل ما بقي المستأجر يعطي الاجرة بتلك النسبة بل التصرف في الحمامات ايضاً من هذا القبيل

واما المورد الثالث فيشهد للزومها قوله تعالى (٣) اوفوا بالعقود (لا يقال) انه يعارضه في طرف الاباحة عموم دليل السلطنة - فانه يتوجه عليه (اولا) ان دليل السلطنة انما يدل على ثبوت السلطنة على المال ولا يدل على السلطنة على العقد والاباحة اللازمة في المقام انما هي اباحة عقدية لا اباحة مستندة الى الاذن (وثانيا) ان دلالة الاية الشريفة بالعموم ودلالة دليل السلطنة بالاطلاق ففي مورد الاجتماع يقدم الاولى (وثالثا) ان الاية تقدم وعلى فرض التساقط المرجع هو استصحاب الاباحة

---

(١) النساء - آية ٢٩

(٢) البحار ج١ ص١٥٤ - الطبع القديم ج٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

(٣) سورة المائدة آية ٢

(فالمتحصل) ان الاباحة بالعوض - معاوضة مستقلة صحيحة لازمة .

واما الجهة الثانية فلااشكال فى صدق الاباحة بالعوض على المقام فان الفرض ان المالك يبيح لغيره التصرف فى ماله بالمبلغ المعين .

واما الجهة الثالثة فالاظهر عدم كفاية انشاء الاباحة بالعوض بالصيغة المزبورة اى .آجرتك كل شهر بدرهم - فان انشاء عقد بما وضع لعقد آخر لايجوز كما تقدم الكلام فى ذلك .

لوقال آجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه

الخامس لوقال آجرتك شهرا بدرهم فان زدت فبحسابه - فهل يصح مطلقا - ام يبطل كذلك ام يفصل بين الشهر الاول فيصح - وغيره فيبطل وجوه .

و تفصيل القول فى المقام انه لااشكال فى ان ذلك بالاضافة الى الشهر الاول اجارة واما بالنسبة الى ساير الشهور فيتصور وجوه - ١ - اجارة مازاد كل شهر بدرهم ٢ - كون مازاد من قبيل الشرط - ٣ - ان يكون مازاد بعنوان المواعدة و المراضاة (اما) الوجه الاول فبالنسبة الى مازاد حال هذه المسألة حال المسالة المتقدمة - واما بالنسبة الى الشهر الاول المختص باجارة خاصة فتصح ولاوجه لبطلانها (واما) الوجه الثانى فبالنسبة الى مازاد بناء على ظهوره فى ان المشروط ما يختاره المستاجر يكون شرطا مجهولا - فان قلنا بان الشرط المجهول فاسد فسد - وافسد العقد بناء على ان الشرط الفاسد مفسد والافلا (وقد استدل) للصحة بمصحح ابى حمزة المتقدم وفيه (اولا) كونه من قبيل الشرط غير ظاهر (وثانيا) ان العوض فى مورد الخبر معين فلاربط له بالمقام (واما) الوجه الثالث فبالنسبة الى الشهر الاول يصح - وبالنسبة الى ساير الشهور ليس هناك ملكية ولااستحقاق بعقد اوايقاع .

الاجارة للخياطة المرددة بين صنفين

السادس- اذاقال ان خطت هذا الثوب فارسيا - اى بدرز- فلك درهم - وان خطته روميا - اى بدرزين - فلك درهمان - فقد يكون ذلك بعنوان الاجارة - وقد يكون بعنوان الجعالة .

اما الاول فان كان ذلك باجارته للخياطة بدرهمين و اشتراط نقص الاجارة لو كانت فارسية - او باجارته للخياطة بدرهم واشتراط اعطاء درهم آخر لو وقعت رومية- صحت الاجارة والشرط فى الصورتين - وان كان المجموع بعنوان الاجارة فعن المبسوط والخلاف والتذكرة واللمعة ومجمع البرهان والكفاية القول بالصحة - واختارها فى الشرايع - وعن السرائر والمختلف والايضاح وحاشية الارشاد للفخر وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها البطلان .

واستدل للثانى بوجهين - ١ - ما افاده المحقق الاصفهانى ره - وحاصله - ان كل هوية تعلقية حقيقية كانت ام اعتبارية لابدوان تتعلق بشيء و طرف مقوم لها و مشخص لوجودها و ذلك الطرف لايعقل ان يكون مبهما - اذا لمبهم المردد بين الطرفين الملحوظين المتعينين بجميع انحاء التعين الماهوى والوجودى لاتحقق له ولا شيء - وفى المقام حيث ان الاجارة لاتكون على كل منهما لتضادهما ولا على احدهما المعين لانه خلاف المفروض فلابد وان تكون على احدهما المردد فلاتصح لذلك (وفيه) انه يمكن ان يقال ان المراد بهذه الجملة الاجارة على ما يختاره العامل فى ما بعد اوما يقع عليه سهم القرعة وعليه فهومتعين واقعا - فلامحذورفيه من هذه الجهة - ٢- ما ذكره جماعة منهم سيد العروة - وهو الجهالة - واوردعليه (تارة) بان كلامن الفعلين معلوم واجرته معلومة والواقع لايخلومنهما (واخرى) بان الاجارة تحتمل من الغرر مالا يحتمله البيع كماصرحوا به فى غير موضع - ولكن يرد على الاول (مضافا) الى النقض بما لوقال ان اسكنت دارى الى كذا فعليك كذا وان اسكنتها شهرا مثلا فعليك كذا - فهل يتوهم فقيه صحة مثل ذلك مع ان البرهان المزبور يقتضى صحته (ان) معلومية

كل منهما فى نفسه لاتنافى الجهل بالمنفعة التى وقعت الاجارة عليها المرددة بين المعلومتين- ولا الجهل بالاجرة - وعلى الثانى (انه) بعد لزوم الغرر والدليل على مبطليته لاارى وجها للحكم بالاغتفار - فالحق تمامية هذا الوجه.

وقد استدل للصحة بالعمومات - وبمصحح ابى حمزة المتقدم الوارد فى استيجار الدابة الى مكان ومازاد - وبصحيح الحلبى - الاتى فى المسألة الاتية (ولكن) يرد على الاول ماتقدم من لزوم رفع اليد عن العمومات بمادل على مانعية الجهل والغرر- وعلى الثانى - انه يدل على صحة الاجارة على شىء الى مكان معين مع اشتراط ان يزيد لو تجاوز عن ذلك الحد كما مر- وعلى الثالث - انه يدل على نفوذ اشتراط ان ينقص من الاجرة اذا احتبسه عن ذلك الزمان كل يوم بكذا (فتحصل) ان الاظهر هو البطلان بعنوان الاجارة.

وهل تصح لو اريد بالعبارة المزبورة الجعالة كما صرح به غير واحد - ام لاتصح كما عن المختلف وجهان - مبنيان على اعتبار التعيين فى الجعل دفعا للغرر ام لا - فعلى الاول لاتصح وعلى الثانى تصح وحيث ان الظاهر هو الاول كما سياتى انشاء الله تعالى فى كتاب الجعالة - فالاقوى عدم صحتها بهذا العنوان ايضاً.

ثم انه قد ظهر مماذكرناه حال مسألة اخرى - وهى مالوقال ان عملت العمل الفلانى فى هذا اليوم فلك درهمان وان عملته فى غد فلك درهم لاتحاد المسألتين دليلا للصحة والفساد وشقوقا ومختارا (فما) عن المبسوط والتحرير والكفاية من التامل فى الثانية - مع الجزم بالصحة فى الاولى (غير تام) كما ان مافى الشرايع من القول بالصحة فى الاولى بلاتردد - وفى الثانية - بعد التردد لاوجه له - وقد ذكروا فى توجيه ذلك وجوها ضعيفة.

الاجارة على عمل معين فى وقت معين

السابع - اذا وقعت الاجارة على عمل معين فى وقت معين ولم يأت به كما لو استأجره او دابته ليحمله - او يحمل متاعه فى شهر معين و يوصله الى بلد معين قبل مجيء

الشهر القادم مثلا ولم يأت المستاجر بذلك فى الوقت المعين ـ او استاجره ليخيط ثوبه فى هذا الاسبوع ولم يخطه اوماشاكل فهل تبطل الاجارة املا .

وتحقيق القول فى المقام ـ ان العمل فى ذلك الزمان المعين قد يكون متعذرا وقد يكون ممكنا ولكنه سامح وقصر حتى فات الوقت ـ وعلى التقديرين قد يكون اخذ الزمان المعين بنحو الاشتراط اى الالتزام فى ضمن الاجارة مع كون المستاجر عليه هو العمل الخاص ـ وقد يكون بنحو تقييد العمل المستاجر عليه فيجعل العمل الخاص من حيث الزمان المخصوص بازاء الاجرة المعينة (وما) نسب الى المحقق النائينى ره من ان اخذ الزمان بنحو الشرطية يختص بما اذا كان المستاجر عليه المنفعة القائمة بعين شخصية ـ وبنحو القيدية يختص بما اذا كان المستاجر عليه الكلى الذمى فمورد العنوانية غير مورد الشرطية ولا ينطبق مورد واحد على احدهما تارة ـ وعلى الاخر اخرى (يرد عليه) ان الكلى كما يكون قابلا لان يقيد ـ كذلك يصح ايقاع الاجارة عليه مع الالتزام بخصوصية فى مقام ايجاد العمل ـ واما منفعة العين الشخصية فهى من جهة قابليتها لان تتطور باطوار مختلفة من حيث السرعة و البطؤ وكثرة طى الطريق وقلته وماشا بهذلك ـ قابلة ـ لان تقيد بطور خاص ـ فكما ان له ان يستأجر الدابة مثلا لايصاله الى كربلا ويشترط كون الايصال فى زمان خاص ـ كقبل ليلة النصف من شعبان كذلك له ان يستأجرها بهذه الخصوصية .

اما فى صورتى الاشتراط فالاظهر صحة الاجارة من غير فرق بين تعذر الشرط او تخلفه ـ غاية الامر فى صورة التعذر يفسد الاشتراط لعدم القدرة فعلى القول بان الشرط الفاسد مفسد بطلت الاجارة والا كما هو الحق فلا ـ وفى صورة التخلف لا يفسد الشرط ـ وعلى التقديرين يثبت للمستأجر الخيار فان امضاه كان عليه تمام الاجرة ـ وان فسخ العقد رجعت الاجرة المسماة الى المستأجر ـ ورجع العمل الخاص الى المؤجر ويكون مستحقاً لاجرة مثل عمله المحترم لفرض انه لم يقصد المجانية ـ فما فى العروة من الحكم بالفساد فيما اذا لم يسع الوقت مطلقا ـ فى غير محله .

واما فی صورتی العنوانیة ـ فان تعذر العمل فی ذلك الوقت وكان التعذر من الاول بطلت الاجارة لعدم تمكنه من العمل الخاص فلا یعقل تملیكه ایاه ـ وهل یستحق شیئاً بازاء عمله وجهان اقواهما ذلك فانه و ان تعذر صیرورة الماتی به وفاء بالاجارة الا انه لم یأت به مجانا فلا یسقط عمله عن الاحترام فیكون المستأجر مشغولا ذمته باجرة مثل عمله ـ وان كان التعذر طارئاً ـ صحت الاجارة ولاوجه لبطلانها بل یثبت خیار تعذر التسلیم ـ فللمستأجر امضاء الاجارة ـ والاكتفاء بما اتی به المؤجر من العمل وفاء عماله علیه و فسخ العقد ـ فان فسخ رجعت الاجرة الیه ولا ترجع مالیة العمل المستأجر علیه الی المؤجر لعدم ایصاله الی المستأجر ـ واما العمل الماتی به فحكمه ماتقدم فی الفرض الاول ـ وان لم یتعذر العمل بل سامح وقصر حتی فات وقت العمل ـ لاتنفسخ الاجارة لعدم الموجب له ـ و توهم الانفساخ من جهة تلف المستأجر علیه فاسد ـ لاختصاص الدلیل بالبیع ـ وبالتلف غیر الشامل للاتلاف ـ وبالعین الشخصیة فلا یشمل الكلی لانه لاتلف له ـ فالمؤجر یستحق تمام الاجرة والمستأجر یستحق العمل الخاص و حیث انه لایمكن تسلیمه فیستحق اجرة مثله وهی قد تساوی الاجرة المسماة و قد تنقص و قد تزید ـ و اما العمل الماتی به فحیث انه قد اتی به عامداً فی غیر و قته و هو ضد المستأجر علیه فقد هتك العامل حرمة عمله فلا وجه لاجرة مثله ـ

شرط عدم الاجرة تماما اوراسا

الثامن ـ لواستأجره علی عمل خاص فی وقت معین وقال ان لم تأت به فی هذا الوقت فلا اجرة لك ـ اوان الاجرة اقل مما عین له ـ كما لواستأجره علی ان یخیط ثوبه فی هذا الاسبوع و قال ان لم تتم الخیاطة فیه ـ فلا اجرة لك او ان اجرتها نصف ما توافقنا علیه ـ فالكلام فی موردین ـ الاول ـ فی شرط عدم الاجرة تماما ـ الثانی فی شرط عدمها راسها

اما المورد الاول فهو علی قسمین ـ اذقد یكون ذلك بحیث تكون كلتا الصورتین ای الخیاطة فی هذا الاسبوع والخیاطة بعد ذلك موردا للاجارة ـ و قد یكون مورد

الاجارة هو الخياطة فى هذا الاسبوع ويشترط عليه ان ينقص من الاجرة كذا على فرض عدم تحقق العمل فى الوقت المعين .

اما القسم الاول فالظاهر بطلان الاجارة ان كان الاجارة بنحو التخيير لما تقدم فى المسألة المتقدمة من جهالة العمل و الاجرة .

و ان كانت بنحو الترتيب بان تكون الاجارة الثانية مرتبة على عدم الوفاء بالاجارة الاولى او عدم الوفاء بقيده وهو الاتيان به فى وقت خاص (فتارة) يملك المؤجر العمل الخاص للمستاجر وفى ظرف عدم الوفاء به يملك المضاد معه اياه (و اخرى) يملكه العمل الخاص ويشترط عليه الاتيان به فى الوقت المعين وعلى فرض عدم الاتيان به فى ذلك الوقت يملكه العمل باجارة اخرى -لا اشكال فى الصورة الثانية فى صحة الاجارة الاولى و بطلان الثانية اما صحة الاولى فلتمامية اركانها -واما بطلان الثانية فلان المؤجر بعد تمليكه العمل للمستاجر لا يملك شيئا كى يملكه ثانيا (واما) فى الصورة الاولى فالظاهر صحة الاجارتين وذلك لان الموجر يملك العملين الذين هما مورد الاجارتين بنحو الترتيب فلا مانع من تمليكها لمستاجر بهذا النحو - و بعبارة اخرى - العملان حصتان من طبيعى العمل ومتضادتان فى التحقق فكما انه بالترتب يرتفع محذور تضاد التحققين - كذلك يرتفع به محذور الملكيتين اللهم الا ان يقال انه تبطل الثانية لكونها معلقة على شرط مشكوك الحصول -وقد اتفقت كلماتهم على بطلان العقد المعلق على مثل ذلك (فالمتحصل) انه ان كانتا بنحو التخيير بطلت الاجارتان - وان كانتا بنحو الترتيب بطلت الثانية خاصة

واما القسم الثانى- فالكلام فيه تارة فيما تقتضيه القواعد. واخرى فيما يقتضيه النص الخاص .

اما الاول - فان كان شرط عدم الاجرة تماما من قبيل شرط سقوط الاجرة على تقدير عدم الاتيان بالعمل فى الوقت المعين (فقد يقال) انه من قبيل اسقاط مالم يجب اذ مالم يتم العقد لا يستحق المؤجر الاجرة ولا تكون ثابتة له فشرط سقوط بعضه شرط سقوط مالم يثبت - و ايضا - شرط سقوطها على تقدير عدم الاتيان بالعمل فى الوقت المضروب له شرط تعليقى لا تنجيزى و قد ادعى الاتفاق على انه لا تعليق فى العقود

والايقاعات ومنها الشرط (ولكن) يرد الوجه الاول ان اسقاط مالم يجب ان كان فعلياً ومنجزا لم يصح لعدم الثبوت و ان كان مشروطا بثبوته بمعنى انه ينشأ السقوط بعد الثبوت فلا محذور فيه عقلا ـ والوجه الثاني ـ انه لادليل على بطلان التعليق في خصوص الشرط ولا اتفاق منهم فيه كما يظهر من نظائر المقام ـ فالاظهر الصحة (وان) كان الشرط عدم استحقاق تمام الاجرة ـ فحيث ان الاجارة الشخصية متقومة بطرفيها ففرض عدم استحقاق تمام الاجرة ـ فرض بطلان الاجارة فاما ان تكون الاجارة تعليقية و على تقدير العمل في الوقت المعين فتفسد الاجارة لذلك .واما تكون مطلقة فيكون الشرط منافيا لمقتضى العقد فيكون فاسدا وان قلنا بمفسدية الشرط الفاسد افسدت الاجارة ايضا والافلا ـ هذا ما يقتضيه القاعدة .

واما النص ـ فمقتضى خبر (١) الحلبي ـ كنت قاعدا عند قاض من القضاة ـ وعنده ابو جعفر عليه السلام جالس فجائه رجلان فقال احدهما اني تكاريت ابل هذا الرجل ليحمل لي متاعا الى بعض المعادن واشترطت عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا وكذا لانها سوق اخاف ان يفوتني فان احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا وكذا وانه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوما فقال القاضي هذا شرط فاسد وفه كراه فاما قام الرجل اقبل الى ابو جعفر عليه السلام فقال هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه ـ صحة الاجارة والشرط ان كان الشرط من قبيل شرط السقوط ـ اذ الحط من الكراء ظاهر في شرط سقوط مقدار منه لاعدم استحقاقه ـ هذا كله في المورد الاول.

واما الثاني وهو شرط عدم الاجرة رأساً ـ فان كان ذلك من قبيل شرط السقوط فمقتضى القاعدة صحة الشرط ايضاً اذ لاوجه لفساده سوى الوجهين المتقدمين وقد عرفت مافيهما (وما) افاده صاحب الجواهر ره من ان شرط سقوط الاجرة كلا مناف لمقتضى العقد الاجاري المتقوم حقيقته بالاجرة (يندفع) بان شرط السقوط من جهة تفرع السقوط على الثبوت يؤكد مقتضى العقد لا انه مناف له ـ الا ان مقتضى صحيح الحلبي المتقدم فساد الشرط كما هو واضح ـ وان كان من قبيل شرط عدم الاستحقاق فسد الشرط لكونه منافيا لمقتضى عقد

---

(١) الوسائل ـ باب ١٣ ـ من ابواب الاجارة حديث ٢

الاجارة -وح- ان كان المرادجعل الاجرة بازاء العمل على تقدير الاتيان به فى الوقت المعين فسدت الاجارة ايضاً للتعليق - و اما ان كان شرط سقوط الاجرة رأسا على وجه القيدية - فان كان ذلك على وجه التخيير بطل العقد للجهالة - وان كان على نحوالترتب بطلت الثانيةخاصة لان الاجارة بلااجرة باطلة وصحت الاولى كماتقدم .

الاجارة صحيحة ولازمة

المقام الثانى فى الاحكام - والكلام فيه فى طى مسائل - الاولى - الاجارة ثابتة بالكتاب والسنة واجماع علماء الخاصة والعامة - قال الله تعالى (١) فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن - و قال (٢) سبحانه لوشئت لاتخذت عليه اجرا -وقال عزوجل (٣) قالت احداهن ياابت استاجره ان خيرمن استاجرت القوى الامين -وقال (٤) قال انى اريدان انكحك احدى ابنتى هاتين على ان تاجرنى ثمانى حجج -و اما السنة فمستفيضة ستمر عليك جملة منها .

و هى لازمة بلا خلاف و يشهد به مضافاالى عموم قوله تعالى (٥) اوفوا بالعقود و غيره مما تقدم فى كتاب البيع جملة من النصوص كصحيح (٦) على بن يقطين عن ابى الحسن عليه السلام عن الرجل يتكارى من الرجل البيت اوالسفينة سنة اواكثر من ذلك اواقل قال عليه السلام الكرى لازم له الى الوقت الذى تكارى اليه ونحوه خبر (٧) محمد بن سهيل وصحيحه (٨) الاخر عنه عليه السلام و نحوها غيرها .

ثم ان المشهور بين الاصحاب على مافى الحدائق انه لما كانت الاجارة من العقود اللازمة وجب انحصار الفاظها فى الالفاظ المنقولة شرعاً المعهودة لغة -وكذا يشترط فيها ما

---

(١) سورة الطلاق آية ٦　　(٢) سورة الكهف آية ٧٧
(٣) سورة القصص آية ٢٦　　(٤) سورة القصص آية ٢٧
(٥) سورة المائدة آية ٢
(٦ - ٧ - ٨) الوسائل -باب ٧ - من ابواب احكام الاجارة

يشترط في غيرها من العقود اللازمة من العربية ووقوع القبول على الفور وماشاكل ـ و لكن قدعرفت في كتاب البيع انه لا يعتبر شيء من ذلك في البيع وغيره من العقود اللازمة ـ ثم انه وقع الكلام بينهم في المقام في موردين ـ الاول في جريان الاقالة في عقدها ـ الثاني في جعل الخيار فيه.

اقالة الاجارة

اما الاول ـ ففي المتن متفرعا على القول بلزوم الاجارة (**لا تبطل الا بالتراضي**) والظاهر ان هذا اي انفساخ الاجارة بالاقالة بان يتراضيا على فسخ عقدها ـ هو المشهور بين الاصحاب بل قيل بلا خلاف.

ويمكن ان يستدل له بان التقايل من العقود فتشمله الادلة العامة صحة ولزوما (توضيحه) ان موضوع تلك الادلة ـ تجارة عن تراض ـ والعقد ـ والتصرف في ماله ـ و جميع هذه تصدق على الاقالة فان حل العقد بالتراضي بعد كونه امرا اعتباريا وكل من الطرفين يلتزم بعود ما انتقل اليه الى صاحبه ويربط التزامه بالتزام الاخر يصدق عليه العقد ـ ومجرد التعبير بحل العقد لا ينافي ذلك ـ وحيث انه يوجب صيرورة كل من العوضين ملكا لما لكه الاول فيصدق عليه التجارة والمفروض انه عن تراض ـ وحيث انه قبل التصرف مال للمقيل ـ و قد حققنا في كتاب البيع انه يدل دليل السلطنة على نفوذ التصرفات المتعلقة به كالبيع وغيره ـ فهو ايضا دال على صحة الاقالة

و ربما يستدل لها مضافا الى ماذكرناه بوجوه اخر (منها) ان حقيقة المعاقدة متقومة بالتزام الطرفين فمع رفع اليد عنه لا معاقدة حقيقة (وفيه) ان عقد المتعاقدين حدوثاً موضوع لاعتبار العقلاء والشارع بقاء ـ وان ارتفع التزامها كما لا يخفى (ومنها) النصوص الخاصة (وفيه) انها ما بين ما هو مختص بالبيع كخبر (١) ابن حمزة عن الصادق عليه السلام ايما عبد اقال مسلما في بيع اقاله الله عثرته يوم القيامة (٢) ومرسل الصدوق عنه عليه السلام ايما

(١-٢) الوسائل باب ٣ من ابواب آداب التجارة حديث ٢-٤

مسلم اقال مسلما ندامة فى البيع الخ ونحوهما غيرهما - و بين ما هو ضعيف السند - كمرسل (١) الجعفرى ان رسول الله (ص) لم يأذن لحكيم بن حزام فى التجارة حتى ضمن له اقالة النادم - فانه و ان كان شاملا للاجارة ايضا فانها تجارة لكنه ضعيف السند للارسال - وبين ما لا يكون له اطلاق من هذه الجهة كخبر (٢) سماعة بن مهران عن ابى عبدالله (ع) اربعة ينظر الله اليهم يوم القيمة من اقال نادماً... الخ فانه يدل على ترتب ما تضمنه من الاثر على الاقالة المشروعة وليس فى مقام بيان المشروعية كى يتمسك باطلاقه (ولكن) الانصاف انه لا وجه لمنع اطلاقه فان ظاهر مورده فى مقام بيان المشروعية بلسان ترتب الثواب كغيره من النصوص المتضمنة للثواب على فعل (ومنها) الاجماع و (فيه) انه لم يثبت كونه اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (ع) (فتحصل) ان مقتضى العمومات وخبر سماعة - مشروعية الاقالة فى الاجارة.

واما المورد الثانى فالمشهور بين الاصحاب بل لا يظهر فيه مخالف صحة شرط الخيار - لهما - اولا حدهما - اولاجنبى - وانه تنفسخ الاجارة اذا اختار الفسخ من جعل له الخيار وقد نفى الخلاف والاشكال عن ذلك الشيخ الاعظم ره - والاصل - فى ذلك النصوص العامة (٣) المسوغة لاشتراط كل شرط الا ما استثنى و ليس هذا منه - وقد اتفقوا على انه لا يدخلها خيار المجلس لاختصاصه بالبيع - فلا يثبت فيه مع الاطلاق اما لو شرط فالمشهور عدم صحته - وعن الشيخ فى المبسوط صحة الشرط المذكور - لعموم دليل صحة الشرط - ولكن يرد عليه ان المجلس حيث يختلف زيادة ونقصانا فلا محالة يلزم كونه شرطا مجهولا فيفسد لذلك.

لا تنفسخ الاجارة ببيع العين المستأجرة

الثانية - (**لا**) تنفسخ الاجارة **بالبيع** اى بيع العين المستاجرة قبل تمام مدة الاجارة

(١-٢) الوسائل باب ٣ - من ابواب آداب التجارة حديث ١-٥
(٣) الوسائل باب ٦ - من ابواب الخيار

بلا خلاف فيه. وتنقيح القول في المقام بالبحث في موارد. احدها. ما اذا باع العين المستاجرة من غير المستأجر. لاخلاف في صحة البيع - ولا في بقاء الاجارة الصحيحة اللازمة على حالها -ويشهد لهما. العمومات فانه لامنافاة بينهما فان الاجارة انما تتعلق بالمنافع والبيع يتعلق بالاعيان (وغاية) ما قيل في المقام. في وجه انفساخ الاجارة ان مالك العين له تمليك منافعها مادامت هي مملوكة له ولذا لو تلفت العين بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حين التلف. وعليه. فحيث انه اذا باع العين وخرجت هي عن ملكه لما كانت المنافع باقية في ملكه اذ بانتقالها تنتقل المنافع للتبعية فتنفسخ الاجارة (ولكن) يرد عليه ان مالك العين كما يكون مالكا لها بالملكية المرسلة كذلك يكون مالكا لمنافعها مادام بقاء العين فاذا ملكها الى مدة خرجت في تلك المدة عن ملكه وفي اثناء تلك المدة اذا باع العين تنتقل هي مسلوبة المنفعة في تلك المدة الى المشترى فان تملك المشترى المنافع انما يكون مع بقائها في ملك البايع وانتقالها اليه بالتبع وهذا انما يكون مع عدم انتقالها قبل ذلك الى الغير. (وقد يقال) كما عن المحقق الاردبيلي ره - انه ان كانت المنافاة ثابتة لبطل البيع العارض عليها دون الاجارة (وفيه) انه ان كان المدعى تبعية ملك العين لملك المنافع صح ذلك ولكن حيث يكون هو تبعية ملك المنافع لملك العين فلامانع من صحة البيع فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال.

ثم ان المشهور بين الاصحاب ان للمشترى الخيار مع جهله بالاجارة واستدلوا لذلك بوجوه (١) ما في العروة تبعا للمشهور وهو ان نقص المنفعة عيب (وفيه) انه لو صح ذلك لزم البناء على التخيير بين الامضاء بدون اخذ الارش اومعه وبين الفسخ كما هو الشان في موارد خيار العيب ولا يقولون بان له ان يطالب الارش (وتاويل) ذلك تارة بانه عيب لاكساير العيوب واخرى بانه عيب حكمي (لايفيد) في رفع المحذور لانه ان اريد بذلك عدم كونه عيبا حقيقة وانما هو بحكم العيب فهو يحتاج الى دليل مفقود - وان كان المراد غير ذلك ولابد من البيان (٢) ما عن المحقق الثاني وهو ان ذلك ضرر وهو يوجب الخيار (وفيه) انه ان كان المفروض بيعها على ما هي عليه من

نقص المنفعة - بازيد من قيمتها السرقية ثبت خيار الغبن - والا - فلاضرر حتى يثبت به الخيار - مع ان فى ثبوت الخيار بحديث لاضرر كلا ما تقدم فى كتاب البيع (٣) ما ذكره جماعة وهو انه من قبيل خيار تخلف الوصف اذا لمشترى انما اشتراها بعنوان انها ذات منفعة فاذا انكشف كونها عينا لامنفعة لها ثبت هذا الخيار (وفيه) ان تخلف الوصف الذى لم يقع عليه العقد لا يوجب الخيار (٤) ما فى الجواهر وهو اقتضاء اطلاق العقد تعجيل التسليم للانتفاع (وفيه) ان تعجيل التسليم انما هو فى صورة وجوبه وفى الفرض لاوجوب للتسليم الابعد انقضاء مدة الاجارة .

والحق فى وجهه ان يقال ان ثبوت الخيار انما يكون من جهة تخلف الشرط الضمنى وذلك لان بناء المتعاملين على كون العوضين على ماهما عليه من المنافع فان التبديل انما هو للانتفاع - فيكون التبديل منوطا بوجود المنفعة وحيث ان هذا البناء نوعى بحسب العرف والعادة فيجرى نفس اجراء العقد بين العوضين مجرى اشتراط وجود المنفعة - فمدرك هذا الخيار تبانى المتعاقدين نوعا على ذلك ويكون ذلك بمنزلة التصريح به فى ضمن العقد وانما لم يصرح به لمعلوميته فعند التخلف يثبت خيار تخلف الشرط - وقد مر فى كتاب البيع فى مبحث الخيارات تمام الكلام فى ذلك .

ثم انه مع علم المشترى او جهله وامضاء العقد - اوفسخ المستاجر الاجارة اوفسخها المؤجر - هل ترجع المنفعة فى بقية المدة الى البايع كما لعله المشهور بين الاصحاب - ام ترجع الى المشترى كما عن المصنف ره فى التذكرة احتماله - وجهان وقد استدل للثانى (بان) ملك العين مقتض لملك المنفعة والاجارة الصحيحة من الموانع وبعد فسخها وزوال المانع يؤثر المقتضى اثره (وفى قبال) ذلك استدل المحقق الاصفهانى ره للاول - بان حقيقة الفسخ رد المعاملة و عود العوضين الى ما كانا عليه فيستحيل عود المنفعة الى غير البايع المؤجر (ولكن) يرد على الثانى ان الفسخ ليس حقيقته عود العوضين الى ماكانا عليه بل هو يوجب حل العقد ولازم ذلك عود العوضين الى ماكانا عليه - وانما يكون ذلك مع عدم المقتضى لدخولهما اواحدهما فى ملك غير المالك الاول فاذا فرضنا وجود المقتضى لذلك لما كان ذلك منافيا للفسخ - ويرد على الاول ان انتقال المنفعة

كانتقال العين يحتاج الى السبب والبيع انما يكون سببا لولا المانع - وحيث انه فى الفرض لوجود المانع لم يصر البيع سببا لانتقال المنفعة وبعد انفساخ الاجارة لاسبب آخر فلامحالة تعود الى المالك البايع ولاوجه لرجوعها الى المشترى .

ثم انه لو اعتقد البايع والمشترى بقاء مدة الاجارة وان العين مسلوبة المنفعة الى زمان كذا وتبين ان الاجارة منقضية - فهل منفعة تلك المدة للبايع أو المشترى وجهان (قد استدل) للثانى فى العروة بان المنفعة تابعة للعين ما لم تفرز بالنقل الى الغير او بالاستثناء والمفروض عدمهما (وفيه) ان انتقال المنفعة بتبع انتقال العين وان لم يكن محتاجا الى قصد تفصيلى الا انه مع قصد عدم الانتقال وانشاء المعاملة كك لادليل على انتقالها و دليل التبعية قاصر عن الشمول لهذا المورد فالاظهر انها للبايع - واولى واوضح من ذلك ما لو شرط كونها مسلوبة المنفعة (ثم انه) على القول بانها للمشترى الظاهر ثبوت الخيار للبايع - اما اذا اوجب ذلك ثبوت الغبن فواضح - واما ان لم يوجب ذلك فلانه من قبيل خيار الرؤية المشترك بين البايع والمشترى .

بيع العين المستأجرة من المستاجر

وثانيها - ما اذا بيعت العين المستأجرة من المستأجر - فالمعروف صحة البيع والاجارة - فعلى المستاجر الاجرة و الثمن - ولم ينقل الخلاف الاعن المصنف فى الارشاد - ونسب فخر المحققين ذلك الى الشيخ ايضاً - الا ان بعض الاساطين صرح بانه غير موجود فى كتبه :

وكيف كان فحجة المشهور العمومات - واستدل لما اختاره المصنف ره بوجوه (الاول) ما عن مجمع الفائدة و هو ان البيع كما يكون علة لنقل العين كك يكون علة لنقل المنفعة - وبعبارة اخرى - انه علة لنقل العين وهو علة لنقل المنفعه - والاجارة ايضاً علة لنقل المنفعة فيلزم من صحتهما معا اجتماع علتين على معلول واحد - وفيه (اولا) ان البيع وتمليك العين علة لنقل المنفعة اذا لم تكن المنفعة منتقلة عن البايع والا فليس علة له (وثانيا) ان لازم ذلك لو تم بطلان البيع لا الاجارة - فانه بعد وجود السبب

الاول يستحيل وجود الثانى (الثانى) ما عن جامع المقاصد وهوان المنفعة نماء العين وتابعة لها فاذا كانت الاجرة فى قبال المنفعة ازم كون الاجرة بازاء نماء ملك المشترى فتكون المعاوضة واردة على مال المالك بماله (وفيه) انه يتم اذا كان ملك المنفعة لازما لا ينفك لملك العين ولكن ليس كك فان المفروض صحة الاجارة وسلب المنفعة عن العين (الثالث) ماعن جامع المقاصد ايضاً ـ وهو ان ملكية المنفعة ليست ملكية مغايرة لملكية العين والالازم ان يكون لمالك العين مالان وهو باطل بالضرورة والاجماع بل يختلف ملكية العين فى الكمال و النقص باختلاف المنافع قلة و كثرة ـ فالعين المستاجرة ملكيتها ناقصة باعتبار افراز بعض منافعها بالاجارة فاذا دخلت فى ملك المستاجر صارت ملكيتها تامة فلا معنى لبقاء النقص على حاله ـ و نظر المقام ـ بما لو نكح الامة ثم اشتراها فانه ينفسخ النكاح من جهة ان النكاح يقتضى ملك البضع خاصة فاذا ملك الرقبة لا يبقى ملك البضع لعدم بقاء الناقص بعد الاستكمال (وفيه) ان العين والمنفعة شيئان ـ والملكية تعرض على كل منهما ـ فهما ملكان ومالان لامن باب النقص و الكمال ـ نعم هذا الوجه يتم على مسلك من يرى ان الاجارة حقيقتها تمليك العين فى جهة خاصة ـ او التسليط على العين للانتفاع بها بعوض ـ ولكن عرفت ان حقيقة الاجارة تمليك منفعة او عمل بعوض ـ واما تنظير المقام باشتراء الامة ـ ففى غير محله ـ لان الزوجية والملكية متقابلتان لا يمكن اجتماعهما فى محل واحد بمقتضى الاية (١) الكريمة (الرابع) ان اثر الاجارة الانتفاع بمال الغير وهذا لا يبقى بعد الشراء (وفيه) ان هذا اول الدعوى ـ فالاظهر عدم انفساخ الاجارة وصحة البيع

حكم تقارن البيع و الاجاره

ثالثها ما اذا تقارن البيع والاجارة ـ كما لو باع العين مالكها من شخص وآجرها وكيله من شخص آخر ـ واتفق وقوعهما فى زمان واحد و فيه وجوه و اقوال ـ ١ـ بطلانهما معا ـ ٢ـ صحة البيع و بطلان الاجارة ـ ٣ـ بطلانهما معا بالنسبة الى تمليك المنفعة وصحة البيع بالنسبه الى تمليك العين فتنتقل العين مسلوبة المنفعة فى تلك

---

(١) المؤمنون آية ٦

المدة الى المشترى و تبقى المنفعة على ملك المالك ـ٤ـ صحتهما معا وانتقال العين مسلوبة المنفعة الى المشترى والمنفعة الى المستأجر.

واستدل للاول ـ بانه يقع التزاحم بين البيع و الاجارة من حيث ان كلا منهما تمليك للمنفعة من شخص غير من يوجب الاخر ملكيتها له ـ و حيث لا مرجح لاحدهما على الاخر فلامحالة يبطلان معا (وفيه) ان التزاحم بينهما لو كان فانما هو بالاضافة الى تمليك المنفعة فان كانت ملكية المنفعة من اللوازم التى لا تنفك لملكية العين كان ما ذكر تاما ـ وحيث انه ليس كذلك فلا مانع من البناء على بطلانهما معا بالنسبة الى تمليك المنفعة خاصة ـ اولا ماسنذكره ـ و بذلك يظهر مدرك القول الثالث.

واما القول الثانى ـ فان اريد به صحة البيع بالاضافة الى تمليك العين خاصة رجع الى الثالث والا فيرد عليه انه ما المرجح للبيع بالنسبة الى تمليك المنفعة ـ فالاولان ساقطان. ويدور الامر بين الوجهين الاخيرين وقدمر مدرك الاول منهما.

واستدل للثانى (تارة) بان متعلق كل منهما غير متعلق الاخر فان متعلق البيع العين ـ ومتعلق الاجارة المنفعة ـ فلا تزاحم بينهما (واخرى) بما فى العروة وهو ان البايع لا يملك المنفعة و انما يملك العين ـ و ملكية العين توجب ملكية المنفعة للتبعية وهى متاخرة عن الاجارة فلا تزاحم بينهما ـ ولكن يرد (على الاول) ان البيع كما يكون تمليكا للعين يكون تمليكا للمنفعة فبالنسبة الى المنفعة يتزاحمان (و على الثانى) ان ملك المنفعة متاخر عن ملك العين بالبيع لا عن الاجارة ـ ومجرد كون الاجارة فى عرض البيع لا يقتضى ذلك فان ما فى عرض المتقدم على شىء رتبة لا يكون متقدما عليه ما لم يكن فيه ملاك التقدم الرتبى ـ مع ـ ان هذه الاحكام احكام للزمان لا للرتبة ومن المعلوم ان ملكية المنفعة بالبيع انما تكون فى زمان ملكية العين بلا تقدم ولا تاخر بينهما (فالحق) ان يستدل له ـ بان تبعية ملك المنفعة لملك العين انما تكون مع عدم المقتضى لعدم التبعية مستقلا اما بالاستثناء او بتمليكها من شخص آخر والا فلا تكون هى متحققة ـ و الاجارة المقارنة مقتضية لعدم التبعية فلا تزاحم بينهما ـ وعليه ـ فالاظهر صحتهما معا ـ وانتقال العين مسلوبة المنفعة فى مدة

الاجارة الى المشترى ـ وانتقال المنفعة فى المدة الخاصة الى المستأجر. والظاهر كما مر ثبوت الخيار للمشترى فله ان يفسخ البيع وله ابقائه ـ

عدم بطلان الاجارة بالموت

الثالثة (و) فى بطلان الاجارة بموت المؤجر او المستأجر اقوال ـ ١ ـ انها (**لا**) تبطل (**بالموت**) مطلقا ـ اختاره المصنف وفى المسالك و عليه المتاخرون اجمع ـ ونسب الى جملة من القدماء كالسيد المرتضى والقديمين ـ ٢ ـ بطلانها بالموت مطلقا. وهو المحكى عن الشيخين فى المقنعة والنهاية والخلاف والديلمى وبنى حمزة وزهرة والبراج وفى الشرايع نسبه الى المشهور ـ وعن الغنية والخلاف الاجماع عليه ـ ٣ ـ انها تبطل بموت المستأجر ولاتبطل بموت المؤجر اختاره الشيخ فى بعض كتبه وابن طاوس وفى محكى المختلف عن ابن البراج نسبته الى اكثر اصحابنا ـ ٤ ـ عكس القول الثالث نسبه المصنف ره فى محكى التذكرة الى بعض علمائنا ـ والظاهر ان منشأ ذلك نص المرتضى وابن الجنيد على عدم البطلان بموت المستأجر ـ وحيث انه لايدل على قولهما بالبطلان بموت المؤجر ـ فما ـ افاده الشهيد من ان هذا القول غير موجود بين اصحابنا ـ متين .

وتنقيح القول فى المقام بالتكلم فى موردين ـ الاول ـ فيما تقتضيه القواعد ـ الثانى ـ فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الاول ـ فقد استدل لبطلانها بموت المؤجر بوجوه (١) ان مالك العين له تمليك منافعها مادامت هى مملوكة له ولذا لو تلفت العين بعد الاجارة تنفسخ الاجارة من حين تلف العين ـ فاذا خرجت العين من ملكه بالموت و انتقلت الى الورثة لما كانت المنافع باقية على ملكه اذ بانتقال العين تنتقل المنافع وعليه فتنفسخ الاجارة (وفيه) مامر من ان ذلك يتم مع عدم كون المالك مالكا للمنافع مادام بقاء العين ـ وقد عرفت فساده و انه مالك لمنافعها المرسلة غير المحدودة بزمان ـ وح فحيث انه بنفسه ملك المنافع فينقل العين مسلوبة المنفعة في تلك المدة الى الورثة ـ نظير مالو باع

المالك العين المستأجرة (٢) ان مضى زمان الاجارة جزء من المقتضى اوشرط لتاثير العقد ولذا تبطل بتلف العين ولو بعد القبض فاذا مات المؤجر بطلت الاجارة اذ مع مصادفة متمم السبب للموت لا معنى للتاثير كالموت قبل القبض فى الصرف (وفيه) انه لا دليل على كون ذلك جزء من المقتضى اوشرطا لتاثيره - وبطلان الاجارة بالتلف انما هو لعدم المنفعة لا لنقص السبب- والعمومات والاصل تقتضيان عدم اعتبار ذلك (٣) ماعن الغنية والخلاف وهو ان المستأجر رضى على ان يستوفى المنفعة من ملك المؤجر (وفيه) انه ان اريد به ايقاع الاجارة على ما هو مملوك للمؤجر فهو مسلم الا ان المؤجر حين الاجارة مالك للمنفعة المرسلة - وان اريد به ايقاعها على الانتفاع بالعين التى هى مملوكة للمؤجر حين الاستيفاء فهو غير تام - اذ لا يعتبر ملكية المؤجر للعين حين حدوثها فضلا عن ملكيته اياها بقاء - الا ترى انه تصح اجارة المستاجر من شخص ثالث بلا شبهة و لا خلاف فيه فى الجملة .

وقد استدل للبطلان بموت المستأجر بوجهين (احدهما) الوجه الثانى من الوجوه التى استدل بها على البطلان بموت المؤجر- وقد عرفت مافيه (ثانيهما) ان الاجرة تتعذر بموت المستاجر لكونه المطالب به (وفيه) انها تثبت فى ذمته فيخرج من تركته بعد موته كساير ديونه فالاظهر بحسب القواعد الصحة فى الصورتين .

واما من حيث النص الخاص - ففى المقام خبر واحد استدل به كل من القائلين بالصحة والبطلان على ماذهب اليه - وهو موثق (١) ابراهيم بن محمد الهمدانى كتبت الى ابى الحسن عليه السلام و سألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على ان تعطى الاجرة (الاجارة خ ل) فى كل سنة عند انقضائها لا يقدم لها شيء من الاجرة (الاجارة خ ل) مالم يمض الوقت فماتت قبل ثلاث سنين او بعدها هل يجب على ورثتها انفاذ الاجارة الى الوقت ام تكون الاجارة منقضية (منتقضة خ ل) بموت المرئة فكتب عليه السلام ان كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الاجارة فان لم تبلغ ذلك الوقت

---

(١) الوسائل - باب ٢٥ من ابواب احكام الاجارة

وبلغت ثلثه او نصفه اوشيئا منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاءالله تعالى - فعن جماعةمنهمالمجاسى ره وسيد الرياض وصاحب مفتاح الكرامةوالشيخ الاعظم ان الظاهرمن الخبر بطلان الاجارة بموت المؤجر - وعن المحقق الاردبيلى والعلامة الطباطبائى ظهوره فى الصحة بل ادعى الاول صراحته فيها .

اما الاولون فقد ذكروا فى تقريب دلالته على البطلان و جهين (احدهما) ان المراد بالوقت فى السئوال والجواب هو الانجم المضروبة للاجرة وان المراد بلم تبلغ لم تبلغ الاجرة للمرئة فالمعنى ان المرئة ان ماتت بعد ادراك الانجم المضروبة قبل اخذ الاجرة فلورثتها تلك الاجرة - والمراد بالشرطية الثانية فان لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت... الخ انها ماتت فى اثناء الاجل المضروب قبل اخذ الاجرة - وبقوله فتعطى و رثتها . . . الخ استحقاق الورثة بالماضى دون المستقبل ولازم ذلك هوالفساد (ثانيهما) ان المراد بالوقت مدة اصل الاجارة بقرينة الانفاذ والانقضاء - اوالانتقاض - على اختلاف النسخ و المراد بالشرطية الاولى عدم بلوغ شيء من مدة الاجارة بان يكون زمان العقد منفصلا عن زمان المنفعة المملوكة بالعقد - وبقوله - فلورثتها تلك الاجارة - ان امرها بيد الورثة ردا وامضاء - وبقوله فى الثانية - فتعطى ورثتها - ان الورثة يستحقون من المرئة ما بلغت المرئة من النصف او الثلث دون باقى مدة الاجارة .

واما القائلون بدلالته على الصحة فلهم ايضاً تقريبان (احدهما) ان المراد بالوقت مدة الاجارة - و بالشرطيتين عدم البلوغ رأسا - وعدم البلوغ بتمامه - وبقوله فلورثتها تلك الاجارة - قيام الورثة مقام مورثهم بان تكون اللام للاختصاص وبقوله - فتعطى ورثتها - هو دفع الاجرة بالنسبة الى المنفعة الماضية لا استحقاق هذا المقدار من الاجرة بل استحقاق فعلية الدفع بالمقدار المزبور - فالشرطية الاولى ظاهرة فى الصحة والثانية غيرمنافية لها (الثانى) حمل الشرطيتين على الاجمال والتفصيل لاعدم البلوغ تماما اورأسا .

و الحق ان يقال انه لااشكال فى ان المراد بالوقت المدة المضروبة لدفع الاجرة فان قوله فى آخر السؤال هل يجب علي و رثتها انفاذ الاجارة الى الوقت

وان كان قابلا للحمل على ذلك ـ وللحمل على ارادة مدة الاجارة ـ الان ـ قوله فى صدر الخبر مالم يمض الوقت صريح فيما ذكرناه وهو قرينة عليه ـ وحاصل السؤال ح انه اذا كانت مدة الاجارة باقية هل يجب على الورثة انفاذ الاجارة بمالها من الخصوصية وهى دفع الاجرة فى الوقت المضروب ـ او انها لا تكون لازمة مع هذه الخصوصية ويسقط الوقت عن الوقتية فكانه لا اجارة بهذه الخصوصية ـ بتوهم حلول الدين بموت الدائن كحلوله بموت المديون ـ فالمراد بالوقت فى الجواب ايضاً ذلك ليتطابق السؤال والجواب (فيكون حاصل الشرطية الاولى انه ان لم تبلغ المرئة من الوقت بان ماتت فى اول السنة فلورثتها ذلك اى تكون الورثة قائمة مقام المورث ـ وحاصل الشرطية الثانية انه ان بلغت المرئة ثلث الوقت او نصفه او شيئا منه يستحق الورثة الدفع بذلك المقدار ولا ينافى ذلك بقاء الاجارة فالخبر يدل على الصحة ـ وان ابيت عن ذلك فلا اقل من الاجمال وعلى التقديرين لا يكون منافيا ومخصصا للعمومات والقواعد (فالمتحصل) من مجموع ما ذكرناه ان الاظهر ان الاجارة لا تبطل بموت المؤجر ولا بموت المستأجر ـ

ثم ان الشهيد الثانى بعد اختياره عدم البطلان بالموت مطلقا ـ قال فى المسالك نعم يستثنى منه مواضع يبطل فيها الاجارة بالموت ـ احدها ـ مالو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه فانها تبطل بموته ـ وثانيها ـ ان يكون المؤجر موقوفا عليه فيوجر ثم يموت قبل انتهاء المدة فانها تبطل بموته ايضاً الا ان يكون ناظرا الى الوقف فآجره لمصلحة العين بالنسبة الى البطون او الى الجميع فلا تبطل بموته لكن الصحة ليست من حيث انه موقوف عليه بل من حيث انه ناظر ـ وثالثها ـ الموصى له بالمنفعة مدة حياته لو آجرها مدة ومات فى اثنائها فانها تبطل ايضاً لانتهاء استحقاقه انتهى وقد سبقه الى ذلك غيره ولحقه جماعة .

و لكن الحق ان يقال فى الموضع الاول ـ انه تارة يقع الاجارة على عمله المخصوص واخرى على العمل الكلى فى ذمته ويشترط عليه ادائه بنفسه ـ وماذكروه

يتم فى الاول -ولايتم فى الثانى فان غايته تعذرالشرط وهو يوجب الخيارلاالانفساخ هذا فى استيجار الشخص على عمل - و كذا لوآجره دارا و شرط استيفائه المنفعة بنفسه - فان كان متعلق الاجارة المنفعة التى يستوفيها المستأجر انفسخت.وان كان متعلق الاجارة مطلق المنفعة غاية الامر اشترط عليه ان يستوفا ها بنفسه - ثبت الخيار- ثم ان الوجهين فى الفرضين انما هما فى موت احدهما وهو المؤجر فى الاول والمستأجر فى الثانى- واما الطرف الاخر ففى الفرض الثانى لايثبت الخيار بموته ولا تنفسخ الاجارة - وفى الاول الظاهر جريان الوجهين فيه ايضاً فانه ان كانت الاجارة على العمل له انفسخت بموته - وان كانت على العمل نفسه واشترط كونه له ثبت الخيار فتدبر حتى لاتبادر بالاشكال - نعم ما ذكروه فى الموضعين الاخرين تام .

ثم انه فى جريان الخيارات فى الاجارة كلاما ذكرناه فى مبحث الخيارات واجماله ان ماكان من الخيارات ثابتا بدليل خاص مختص به كخيار المجلس لايجرى فيه - وماكان ثابتا فيه بمقتضى الشرط الضمنى كخيار الغبن - والعيب - و ما شاكل يثبت فيها ايضاً - وفى تلك الخيارات الاحكام الخاصة الثابتة فى البيع للنصوص كجواز اخذ الارش فى خيار العيب ايضاً لاتثبت فيها كما لايخفى -

المستأجر امين لايضمن الامع التعدى

الرابعة - (**والمستأجر امين**) والعين المستاجرة امانة فى يده لا(**يضمن**) تلفها او تعيبها الا(**مع التعدى**)اوالتفريط - بلاخلاف اجده بل عليه الاجماع فى الغنية كذا فى الرياض- فان العين المستأجرة امانة فى يد المستاجر والاصل فى الامين عدم الضمان الامع التعدى والتفريط لانصراف دليل الضمان (١) وهو قاعدة على اليد-عن

---

(١)سنن بيهقى ج٦-ص٩٠-كنز العمال ج٥ص٢٥٧ الرقم ٥١٩٧

مورد الامانة -وللاصل المستفاد من السنة فى عدة مقامات - والاجماع - اضف الى تلكم النصوص المستفيضة فانها دالة على الضمان مع التفريط او التعدى وعدم الضمان بدونهما - لاحظ صحيح (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل استاجر دابة فاعطاها غيره فنفقت ماعليه قال عليه السلام ان شرط ان لا يركبها غيره فهوضا من لها وان لم يسم فليس عليه شىء-وصحيح (٢) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن رجل تكارى دابته الى مكان معلوم فنفقت الدابة قال عليه السلام ان كان جاز الشرط فهوضا من وان دخل واديا لم يوثقها فهوضامن وان سقطت فى بئر فهوضامن لانه لم يستوثق منها الى غير ذلك من النصوص الدالة على الحكمين - وصحيح الحلبى وان لم يكن كصحيح على دالا على الحكمين بالمنطوق- الا انه بالمفهوم المستفاد من الشرط - والتعليل يدل على عدم الضمان بدون التعدى اوالتفريط وبالمنطوق يدل على الضمان مع احدهما. وايضا يدل على الضمان مع التعدى او التفريط صحيح (٣) ابى ولاد عن ابى عبدالله عليه السلام فى المتعدى فى البغل الذى اكتراه - وفيه - فقلت ارأيت لوعطب البغل ونفق اليس كان يلزمنى قال عليه السلام نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر أودبر اوعقر فقال عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه الحديث.

ثم ان تمام الكلام بالبحث فى جهات - الاولى - اذا كانت الاجارة فاسدة فهل يضمن المستأجر العين المستأجرة ام لا - ربما ينسب الى المشهور الضمان ولذلك عدهذا المورد من موارد النقض على قاعدة -مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده (والاظهر) هو عدم الضمان- وذلك- لانه فى الموارد التى لايتوقف استيفاء المنفعة على تسليط المستأجر على العين كالدابة حيث انه لايتوقف استيفاء المنفعة منها وهى الركوب على استيلائه لامكان كون المالك هو السائق - لاشبهة فى عدم الضمان اذ بعدما لاملزم بالتسليط يكون التسليط عن الرضا فتكون العين امانة مالكية - اذ لاحقيقة للاستيمان

---

(١) الوسائل باب ١٦ -من ابواب احكام الاجارة

(٢- ٣) الوسائل باب ١٧ - من ابواب احكام الاجارة حديث ٣-١

المالكى الا التسليط عن الرضا - واما فى الموارد التى يكون استيفاء المنفعة متوقفا على التسليط فان كان رضا المالك بذلك الحادث قبل العقد باقيا الى حين التسليم كما هو الغالب فلا اشكال ايضاً فى عدم الضمان من جهة الامانة المالكية - وان لم يكن باقيا فيمكن ان يوجه عدم الضمان بان المتعاملين حين العقد متبانيان على عدم ضمان العين لكون الاجارة مبنية على عدم الضمان ومع هذا التبانى واسقاط المالك احترام ماله لاتكون العين مشمولة لحديث اليد - لانه منصرف عن هذه الموارد فاذاً لادليل على الضمان والاصل عدمه - بل يمكن الاستدلال له ببناء العقلاء على ذلك.

وقد استدل للضمان بوجهين (الاول) ان دفع المؤجر للعين انما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيه و المفروض عدم الاستحقاق فيده يد عدوان موجبة للضمان (وفيه) ماعرفت من انه فى بعض الموارد يكون يده يد امانية لاعدوانية وفى بعضها الاخر لاتقتضى الضمان لانصراف حديث اليد وبناء العقلاء - وبذلك ظهر الجواب عن الوجه الثانى - وهو معارضة القاعدة هنا بقاعدة اليد - فالاظهر عدم الضمان الامع التعدى اوالتفريط كما فى الاجارة الصحيحة.

الثانية لافرق فى عدم الضمان فى الاجارة بين مدة الاجارة وبعدها مالم يقصر فى رد المال الى صاحبه لبقاء الامانة المقتضية لعدم الضمان - و بالجملة - وجه عدم الضمان فى الاجارة ليس كون الاجارة مقتضية لذلك - بل هو الاستيمان - وفى ذلك لافرق بين مدة الاجارة و بعدها.

شرط الضمان فى العين المستاجرة

الثالثة - لو شرط الضمان فى عقد الاجارة من غير التعدى والتفريط - فالمشهور بين الاصحاب بطلان الشرط - وفى الجواهر بل فى جامع المقاصد باطل قطعا بل لم اجد فيه خلافا الاما يحكى عن الاردبيلى والخراسانى من الميل الى الصحة وتبعهما فى الرياض انتهى.

وقد استدل لفساد الشرط - فى مقابل - عموم - (١) المسلمون عند شروطهم بوجوه:

(١) الوسائل باب ٦ - من ابواب الخيار - كتاب التجارة

١ـ انه يعارض ذلك ـ الاخبار (١) الدالة بالمنطوق او المفهوم على عدم الضمان والنسبة عموم من وجه ويقدم تلك الاخبار لموافقتها للشهرة التي هي اول المرجحات (وفيه) ما حقق في محله من ان ادلة العناوين الثانوية مقدمة على ادلة العناوين الاولية اما بالحكومة او التوفيق العرفي او غيرهما .

٢ـ ماافاده صاحب الجواهر ره وهو ان الشرط لايكون شارعا بل هو نظير النذر والعهد يوجب وجوب ماهو مشروع في نفسه (وفيه) ان الضمان وجوداً او عدماً مما يكون قابلا للتسبب اليه كما يظهر من التزام الفقهاء بشرط الضمان في العارية فهو من قبيل الغايات التي لم يعلم اناطتها باسباب خاصة نظير الخيار ، وملكية حمل الجارية ومال العبد التي اتفقت النصوص والفتاوى على جواز اشتراطها ـ وعلى الجملة ـ ان مقتضى عموم دليل الشرط صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم اناطتها باسباب خاصة كاشتراط الخيار وسقوطه وحمل الجارية ومال العبد وماشاكل ـ وقد استدل الامام عليه السلام بهذا العموم في موارد كلها من هذا القبيل وتمام الكلام في محله .

٣ـ ماافاده صاحب الجواهر ره ايضاً وهو ان الشرط مناف لمقتضى الامانة الآبية عن التضمين (وفيه) ان التامين في المقام لايكون عقديا بل هو خارجي من جهة تسليط المالك للغير على ماله برضاه ـ ومن الواضح ان التسليط الخارجي يوجب التامين اذا تجرد عن التضمين والا فلا يكون تامينا .

٤ـ ان الشرط مخالف لمقتضى العقد (وفيه) ان مدلول عقد الاجارة و مقتضاه تمليك المنفعة بالاجرة وهذا المعنى لااقتضاء فيه بالنسبة الى الضمان وعدمه .

٥ـ انه شرط مخالف للكتاب والسنة لمادل من النصوص (٢) على انه لاضمان على الامين (وفيه) انه لاشبهة في ان الشرط يغير الحكم ويوجب تحقق شيء لم يكن او عدم ماكان ولو كان المراد بالمخالفة للكتاب والسنة هذا المعنى العام لزم عدم صحة الشرط مطلقا

---

(١) الوسائل باب ١٦ ـ و ١٧ ـ من ابواب احكام الاجارة

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب احكام الوديعة

فالمراد بالمخالفة هو كون الشرط مخالفا الحكم غير قابل للتغير وهو الاحكام اللزومية وغير اللزومي اذا كان عن اقتضاء - واما غير اللزومى لعدم الاقتضاء فمخالفة الشرط له لا توجب بطلانه و عدم الضمان فى المقام اما ان يكون محرزا عدم كونه اقتضائيا - من جهة ان المرتكز عند العقلاء ان خروج يد الامين عن تحت عموم على اليد من باب التخصيص فيكون عدم الضمان لعدم المقتضى - او يكون ذلك مشكوكا فيه فيرجع الى استصحاب عدم المخالفة ازلا - بناء على ما هو الحق من جريان استصحاب العدم الازلى - ويقال انه قبل جعل هذا الحكم لم يكن حكم ولا شرط ولا مخالفة - وبعد انقلاب عدم الحكم اليه و عدم الشرط الى نقيضه - يشك فى تبدل عنوان عدم المخالفة اليها - و الاصل يقتضى العدم وبذلك يحرز خروجه عن تحت المخصص وبقائه تحت عموم المسلمون عند شروطهم فتحصل ان الاظهر صحة الشرط وثبوت الضمان معه .

لزوم التعجيل فى التسليم

الخامسة لا خلاف ولا اشكال فى ان الاجير يملك الاجرة بنفس العقد - لان ذلك مقتضى صحة المعاوضة الموجبة لانتقال كل من العوضين الى الاخر - بعد عدم اشتراطه شرعا بشىء كالقبض فى بيع الصرف والسلم - وما ينسب الى المصنف انه فرق فى القواعد بين شرط التاجيل وعدمه لا منشأ له الا تعبيره باستقرار الاجرة ولا شهادة له على ذلك كما لا يخفى .

ثم ان المعروف بينهم انه لا يجب تسليم كل من العوضين الا مع تسليم الاخر - والظاهر ان منشأ ذلك - مع ان مقتضى (١) عموم تسلط الناس على اموالهم - لزوم تسليم كل منهما مال الاخر وان امتنع ذلك عن التسليم فان سلطان الغير على الامتناع مع مطالبة المالك مناف لسلطنة مالكه - وظلم احد ومعصيته لما يجب عليه لا يوجب جواز ظلم الاخر ومعصيته - الالتزام الضمنى بالتسليم بازاء التسليم

---

(٢) البحار ج ١ - ص ١٥٤ - الطبع القديم و ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث

الذى عليه بناء المتعاقدين بما هما من العقلاء فيكون ذلك مشمولا لدليل الشرط على ما حرر فى محله فجواز الامتناع عن التسليم مع امتناع الاخر عنه انما يكون من جهة الشرط الضمنى (ويترتب) على ذلك انه لو اشترط التاجيل فى احدهما - حيث انه لاالتزام ضمنى بما ذكر - يجب على الاخر تسليم ماعنده لعموم دليل السلطنة.

ثم ان تسليم العمل انما هو بايجاده و تسليم المنفعة بتسليم العين المستأجرة فلايجب تسليم الاجرة الامع تسليم العين المؤجرة اوبالعمل - الا ان يكون هناك عادة اوانصراف يقتضى التعجيل - والى ذلك يشيرما فى الخبر(١) فى الجمال والاجير لايجف عرقه حتى تعطيه اجرته - وقريب منه غيره - اذفيه نوع اشعار بعدم لزوم دفع الاجرة قبل العمل.

ثم انه قدظهر مما ذكرناه انه لولم يشترط التأجيل فى دفع الاجرة كان مقتضى اطلاق العقد تعجيلها بمعنى استحقاق المؤجر للاجرة حالا - وهذا هو مراد المصنف ره حيث قال.

(واطلاق العقد يقتضى تعجيل الاجرة) لانه يجب تسليمها وان لم يسلم الاخر المنفعة او العمل ولانه يجب تسليمها وان لم يطالب مالكها - فانه لادليل على ذلك فان دليل وجوب التسليم اما قاعدة السلطنة اوالالتزام الضمنى وشىء منهما لايقتضى وجوب التسليم بدون المطالبة - اما القاعدة فلان مقتضى سلطنة الانسان على ماله عدم سلطان الغيرعلى الامتناع مع المطالبة فانه المنافى والمزاحم لسلطنته دون عدم التسليم بدون المطالبة واما استحقاق التسليم بالالتزام الضمنى فهو لايقتضى اداء الحق الاعند المطالبة.

ثم انه لاخلاف بينهم فى صحة شرط التاجيل ولزومه بشرط ان يكون الاجل

---

(١)-الوسائل باب ٤ من ابواب احكام الاجارة حديث ١

معلوما- اما صحة الشرط فلانها مقتضى عموم (١)- المسلمون عند شروطهم -، ودعوى انه شرط مخالف للمشروع لوجوب رد المال الى صاحبه لو طالب- مندفعة بان هذا وجوب حقي كما يظهر من صحة التاجيل في البيع- فلا مانع من اشتراطه (واما) اعتبار كون الاجل معلوما فلانه يلزم من الجهل به الغرر - وقد مر انه موجب لبطلان العقود والايقاعات ومنها الشرط - وحيث ان المختار ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد العقد فلو شرط التأجيل بالاجل غير المعلوم لم يفسد الاجارة (و دعوى) انه تسري الجهالة من الشرط الى العقد فيكون العقد غرريا فيفسد من ناحية غرريته (مندفعة) بان حقيقة الشرط هو الالتزام في ضمن الالتزام لا تقييد متعلق العقد و ورود العقد على المقيد

(و) مما ذكرناه ظهر انه لا فرق في صورة التاجيل - بين ما **(لو شرط دفعها نجوما معينة او بعد المدة)** المعلومة وانه **(صح)** الشرط في الموردين .

فروع

ثم ان في المقام فروعا - ١- قد عرفت انه يجب تسليم الاجرة في الاجارة على العمل بعد تسليم العمل و ليس معنى ذلك ان للمستأجر ان يمتنع عن دفع الاجرة قبل العمل و ليس للمؤجر التعرض له - فان مدرك ذلك انما هو الالتزام الضمني كما عرفت وهو كما يقتضي عدم تسليم الاجرة قبل تسليم العمل كك يقتضي عدم لزوم العمل قبل ان يطمئن بتسليم الاجرة بعد العمل وعليه فاذا لم يطمئن بذلك له الاستيثاق ولو بوضع الاجرة على يد ثالث كما لا يخفى .

٢ - لا فرق في عدم استحقاق تسليم الاجرة قبل تسليم العمل - بين عمل لا يتوقف على بذل المال - وبين ما يتوقف عليه كالحج فان مدرك كون التسليم معاوضيا فيهما واحد - بل قيل انه لو فرض عدم تمكن الاجير من ايجاد العمل الا باخذ الاجرة لفرض عدم مال له و عدم تمكنه من تحصيله كانت الاجارة باطلة لان العمل على الفرض غير مقدور له الا بالخلف المحال و هو استحقاق الاجرة قبل العمل

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

مع انه لايستحقها قبله .

٣ـ هل يستحق الاجير بعض الاجرة ببعض العمل المستأجر عليه اذا كان قابلا لتقسيط الاجرة عليه كصلاة سنة مثلا ـ ام لا ـ والحق ان يقال انه بعد ما عرفت من ان مقتضى العقد هو مالكية كل من الطرفين لما انتقل اليه ـ ومقتضى (١) تسلط الناس على اموالهم ان له المطالبة بتسليمه ولو امتنع عن تسليم ماعنده وانما التزمنا بان لكل منهما الامتناع عن التسليم مالم يسلم الاخر من جهة الالتزام الضمني الذى عليه بناء العقلاء وعليه ـ فدعوى ـ ان العقد لايستقل بالتحصل بل متقوم بمتعلقه وهو كون شيء ملكا بعوض فمع تعدد المتعلق يستحيل وحدة العقد ـ اجنبية عن المقام ـ بل المدار فى المقام على ملاحظه الالتزام الضمني فانه يمكن ان يكون بتسليم كل جزء بازاء تسليم مايقابله من العوض ـ و يمكن ان يكون بتسليم الكل بازاء الكل فعلى الاول يستحق الاجير بعض الاجرة ببعض العمل ـ وعلى الثانى لايستحق فان احرز احدهما ـ فلا كلام والا فمقتضى القاعدة البناء على الاستحقاق الذى هو مقتضى قاعدة السلطنة ووجود المانع عنه والمقيد له غير محرز والاصل عدمه

٤ـ اذا كانت الاجرة ايضاً عملا فهل يكون الاجير غير مستحق لها الا بعد عمل نفسه نظرا الى ان حكم الاجرة بما هى استحقاق تسليمها بعد العمل ـ او يكون الاجير كالمستأجر نظرا الى ان لزوم البدئة به من جهة كونه عملا لا من جهة كونه اجرة وهذه الجهة مشتركة بينهما ـ وعليه فحيث لا مرجح ولا مخصص لاحد العملين ولا معنى للتخيير بين شيئين لشخصين فيرجع الى القرعة ـ او يتساقطان فيجب تسليمهما معا على وجه المقارنة او ان البدئة ليست لكونه اجرة ـ ولا لكونه عملا ـ بل انما هو بمقتضى الالتزام الضمني ومقتضاه فى الفرض التقارن فى العمل وجوه واقوال ـ اظهرها الاخير ـ كما لا يخفى.

---

(١) البحار ج٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

الاستيجار من المستأجر

السادسة قالوا (**وللمستاجر ان يؤجر**) العين المستاجرة (**باكثر**) مما استاجر او بالمساوى (**او اقل ان لم يشترط عليه المباشرة**) وتمام الكلام فى هذه المسألة بالبحث فى جهات

١- لااشكال فى جواز اجارة المستأجر من المؤجر وغيره فانه بالاجارة تملك لمنفعة فله ان يملكها بالغير وليست الاجارة الا تمليك المنفعة كما مر فيشمله عموم مادل على صحة الاجارة ولزومها - مضافا الى النصوص المستفيضة اوالمتواترة الواردة فى الارض والدابة والسفينة التى يأتى شطر منها فى مسألة الاجارة بالاكثر .

٢- انه هل للمستاجر الاول تسليم العين المستاجرة الى المستأجر الثانى من دون اذن المالك كما عن المختلف وغاية المراد والحواشي والمسالك ومجمع البرهان و المفاتيح والرياض - ام ليس له ذلك كما عن النهاية والسرائر و القواعد و جامع المقاصد- الظاهر هو الاول - وذلك لان ذلك لازم الاجارة لفرض توقف استيفاء المنفعة على التسليم وبعبارة اخرى ان مقتضى اطلاق الاجارة الاولى من حيث الاستيفاء الذى هو مفروض فى المورد اطلاقها من حيث الاستيلاء المتوقف عليه الاستيفاء - والى هذا يرجع ماقيل ان الاذن فى الشيء اذن فى لازمه (وبه) يندفع ما استدل به للقول الثانى بان العين امانة لم ياذن له المالك فى تسليمها الى الغير - لان الاذن للاول فى التصرف فيها انما هو من مقتضيات الاجارة الاولى وحيث انها مطلقة - فمقتضاه الاذن فى تسليمها الى من انتقل اليه المنفعة ثانيا (ويمكن) ان يستدل له بالنصوص (١) الواردة فى اجارة الارض وغيرها- بمساوى الاجرة او بالاقل المصرحة بالجواز من دون تعرض فيها الشبهة عدم جواز التسليم- وحملها على صورة عدم الحاجة فى استيفاء المنفعة الى التسليم - او صورة اذن المالك فيه خلاف المقطوع - فلا اشكال فى الجواز .

٣- على فرض التسليم هل يكون المستأجر الاول ضامنا للعين ام لا - فان قلنا بانه

---

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب احكام الاجارة

لایجوز له التسلیم کان الضمان بمقتضى القاعدة ظاهرا- واما على القول بجوازه کما اخترناه فقد یتوهم الضمان - من جهة ان جواز التسلیم بل وجوبه لاینافی الضمان اذ المنافی له هو الایتمان ووجوب التسلیم غیر وجوب التامین- فمقتضى عموم(١) قاعدة على الید الضمان- و لکنه فاسد من جهة ان مدرك عدم ضمان العین فی الاجارة الاولى لم یکن خصوص الایتمان بل ذلك بضمیمة ما التزما به فی ضمن عقد الاجارة بعد الضمان و لذاك بنینا على عدم الضمان حتى فی الاجارة الفاسدة -. واذا کانت الاجارة الاولى مطلقة کما هو المفروض -. کان البناء على عدم الضمان و اسقاط المالك احترام ماله ء'ما- فقاعدة على الید لاتشمل المقام لانصرافها عنه کما هو واضح و (یشهد) لعدم الضمان مضا فا الى ذلك صحیح (٢) علی بن جعفر عن اخیه ؑ عن رجل استأجر دابة فاعطاها غیره فنفقت ماعلیه - قال ؑ ان کان شرط ان لایرکبها غیره فهو ضامن لها وان لم یسم فلیس علیه شیء (واورد) علیه بان الصحیح انما یدل على عدم الضمان من حیث الرکوب لاعدمه من حیث التسلیم- بتقریب ان الشرطیة الاولى متضمنة لضمان المستاجر فی صورة الاشتراط من جهة مخالفة الشرط فیده عادیة وان لم یکن هناك تسلیم بل تمکن من الرکوب خاصة - و مورد النفی فی الثانیة هو مورد الاثبات فی الاولى (وفیه) ان المفروض فی السئوال اعطاء الدابة وظاهره تسلیمها الیه- فالمثبت هو الضمان فی ذلك الفرض وکذلك المنفی وظاهر المنفی هو نفی الضمان مطلقا- لانفیه من حیثیة خاصة .

اشتراط استیفاء المستأجر المنفعة بنفسه

-٤- المشهور بین القائلین بصحة الاجارة من الغیر تقییدها بما اذا لم یشترط المؤجر علیه استیفائه بنفسه - ونخبة القول فی المقام - ان ها هنا صورا - احداها- ما اذا کانت

---

(١) سنن بیهقی ج٦- ص٩٠

(٢) الوسائل باب١٦ من ابواب احکام الاجارة حدیث١

المنفعة التي يملكها مقيدة بالاستيفاء - ثانيتها - ما لو كانت المنفعة المملكة مطلقة ولكن اشترط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه على نحو شرط الفعل - ثالثتها - الصورة ولكن الشرط على نحو شرط النتيجة وهو كونه محجورا عن جميع التصرفات الا استيفاء المنفعة بنفسه .

اما الصورة الاولى - فعلى فرض معقوليتها - لا اشكال في انه ليس له ان يستاجرها للغير اذ لا مملوك له حتى يملكه غيره ولكن قد يقال بعدم معقوليتها - نظرا الى ان منفعة الشيء عبارة عن الحيثية القائمة به - لا ما هو قائم بالشخص - مثلا منفعة الدار ليست سكنى الدار بالمعنى القائم بالساكن - بل حيثية مسكونية الدار وقابليتها لان يسكن فيها - وهذه الحيثية لها نحوان من الوجود - احدهما بالقوة بنحو وجود المقبول بوجود القابل - ثانيهما بالفعل بفعلية مضايفه القائم بالساكن - ومن الواضح ان المملوك بالاجارة ليس هو النحو الثاني اذ مع عدم الاستيفاء رأسا لا مملوك مع ان المنفعة تملك بالاجارة وان لم تستوف فلا محالة يكون المملوك بالاجارة النحو الاول - وذلك جزئي بجزئية ما بالفعل الذي يقوم به فلا معنى لتضييقه - ولكن يرد عليه ان الموجود بالقوة غير الموجود بالفعل والثاني لا يعقل فيه عدم التعين ويعقل ذلك في الاول - فحيثية قابلية الدار لان يسكن فيها وان كانت جزئية الا انها بالقياس الى سكنى زيد - وسكنى عمرو و هكذا - تكون غير متعينة - فتكون مسكونية الدار بالقوة بالنسبة الى سكنى زيد غير مسكونيتها بالقياس الى سكنى عمرو - ولهذه الجهة تكون قابلة للتقييد -

واما الصورة الثانية فالمملوك فيها كلي لكن لا سلطان له الا على استيفائه بنفسه و قبل بيان حكم هذه الصورة لابد و ان يعلم ان شرط الاستيفاء لا يراد به مباشرته بنفسه بحيث يكون الاستيفاء واجبا بل المراد به ان لا يؤجر الدار وان لا يتبرع بمنفعتها للغير - فما - في العروة من المقابلة بين شرط عدم اجارتها من غيره - و شرط استيفاء المنفعة بنفسه لنفسه - كما ترى - و كيف كان فقد استدل للمنع عن استيجاره للغير - بوجوه .

الاول - ان الشرط يوجب حرمة الاجارة لوجوب الوفاء به - وحرمة الاجارة مستلزمة لفسادها (وفيه) ما حققناه فى محله من ان الحرمة التكليفية غير موجبة لفساد المعاملة

الثانى ما فى الجواهر لايجوز الاجارة ح عملا بقاعدة المؤمنون التى يتعذر الجمع بينها وبين الاجارة المفروضة - فيتعين بطلانها اسبق الخطاب بالاولى انتهى (وفيه) ان الذى يتعذر الجمع بينه وبين دليل الشرط هو جواز ايجاد الاجارة الثانية تكليفا لاجوازه وضعا - توضيح ذلك - انه لا اشكال فى ان بطلان الاجارة لابد وان يكون من جهة فقد قيد من قيودها الوجودية والعدمية والشرط لايوجب ذلك - لعدم كونه موجبا لخلل فى احد اركانها فتقع صحيحة - وبعد وقوعها كذ لايبقى محل لوجوب الوفاء بالشرط فيسقط - فدليل الشرط لايصلح مانعا عن دليل صحة الاجارة - ودليلها يوجب ارتفاع دليل الشرط فلايلزم المحذور المشار اليه (وما) نسب الى الشيخ الاعظم ره - من ان اطلاق دليل وجوب الوفاء بالشرط يشمل حتى بعد الاجارة الثانية - وهو يكشف عن عدم نفوذ الاجارة والا لم يكن محل للوفاء بالشرط (يرده) ان شمول اطلاق دليله فرع بطلان الاجارة اذ مع صحتها لايبقى للعمل به مجال - وصحتها مستكشفة من اطلاق الادلة وعمومها (فان قيل) انه يحتمل مانعية الشرط عن الصحة فلاعلم بارتفاع المحل (قلنا) اولا - انه على ذلك لامجال للتمسك باطلاق دليل الشرط المشك فى بقاء موضوعه - وثانيا - انه يرتفع الاحتمال باطلاق الادلة وعمومها والاصل .

الثالث ان اشتراط الاستيفاء بنفسه يوجب ثبوت حق للمؤجر فى ترك الايجار - فالاجارة الثانية منافية لحق المؤجر فيكون باطلا (وفيه) ان الحق المتعلق بفعل - او تركه - كحق البيع والفسخ - وترك الاجارة - وماشاكل - لايوجب عدم صحة نقيضه - مثلا - من كان له حق ترك الفسخ كان لمن له الخيار الفسخ وضعا وينفسخ العقد بدوان كان آثما بذلك اذلا اثر لكونه حقا سوى ان له اسقاطه والافحكمه حكم اللزوم التكليفى وان شئت قلت ان ثبوت حق للمؤجر فى ترك الاجارة لايستلزم سلب سلطنة المستاجر الوضعية عنها - ومعها تكون الاجارة الثانية صحيحة .

الرابع ان شرط الاستيفاء بنفسه - اما ان يرجع الى شرط ترك تسليم المنفعة الى الغير

او الى شرط عدم اسكان الغير مثلا - فعلى الاول يبطل الاجارة لعدم القدرة على التسليم الذى قد عرفت اعتبارها فى الاجارة - وعلى الثانى تبطل لحرمة المنفعة وقد مر ان اباحة المنفعة من شرائطها (وفيه) اولا - انه قد لايرجع الى شيء منهما بل الغالب ذلك - و ثانيا - ان حرمة التسليم غير عدم القدرة عليه تكوينا - وما اشتهر من ان الممتنع شرعا كالممتنع عقلا - انما هو فيما يترتب على غير المقدور من حيث هو - وفى المقام ليس كذلك فانه يعتبر القدرة دفعاً للغرر والخطر - ولذا لو كان التسليم غير مقدور ولكن من انتقل اليه كان قادراً على تسلمه صح العقد - وعليه فالحرمة حيث لاتوجب عدم امكان حصول المنفعة فى يد المستأجر فلايلزم الغرر فلاتكون مانعة عن الصحة - واما حرمة الاسكان الذى هو فعل المؤجر الثانى فهى غير مستلزمة لحرمة سكنى المستاجر الثانى كما لايخفى (فالمتحصل) مما ذكرناه صحة الاجارة الثانية فى هذه الصورة.

واما الصورة الثالثة وهى مالو شرط محجوريته عن التصرفات سوى الانتفاع بها بنفسه - فالظاهر بطلان الشرط لان المحجورية ليست من الامور الاعتبارية التى يتسبب اليها باسبابها كالملكية كى يقال ان منها الشرط.

فالمتحصل - مما ذكرناه انه لوقيد المنفعة باستيفائه بنفسه بطلت الاجارة الثانية ولوكانت المنفعة مطلقة ولكن اشترط عليه ذلك صح الشرط و يجب ترك الاجارة الا انه ان خالف وآجرها صحت الاجارة - وان اشترط عليه المحجورية عن التصرفات الاخر بطل الشرط.

ثم انه فى مورد بطلان الاجارة الثانية لاكلام واما فى مورد صحتها - فلااشكال فى ان للمؤجر الاول خيار تخلف الشرط فله ان يحل الاجارة الاولى فاذا فسخها فهل تنفسخ الاجارة الثانية - الظاهر عدم الانفساخ نظرا الى انها وقعت صحيحة لازمة والفسخ انما يوجب الحل من حينه فاذا انفسخت الاولى والمفروض انتقال المنفعة بناقل لازم الى الثالث فيرجع بدلها الى المؤجر الاول كما فى صورة التلف الحقيقى قبل الفسخ فعلى المستاجر الاول ان يرد اجرة مثل تلك المنفعة الى المؤجر كانت اقل من

المسماة او اكثر -

ايجار العين المستاجرة باكثر من العوض

٥ - لاخلاف ولا اشكال - فى جواز ان يؤجر العين المستأجرة - فيما يجوز له ذلك - باقل من ما استاجر و بالمساوى له مطلقا اى شىء كان لاطلاق الادلة وللنصوص الخاصة - كما لاكلام فى انه يجوز الاستيجار باكثر منه اذا احدث فيها حدثا - والنص والفتوى متوافقان فيه - وسيأتى زيادة توضيح لذلك.

انما الكلام فى ايجارها باكثر منه من دون ان يحدث فيه حدثا - فعن جماعة من القدماء كالسيدين والشيخين والصدوقين وغيرهم - المنع عنه وفى الحدائق نسبته الى المشهور بين القدماء وعن جماعة تخصيص المنع بالموارد التى تضمنتها النصوص والجواز بلاكراهية فى غيرها - وعن جماعة الحكم بالكراهة مطلقا.

وتفصيل القول فى المقام - ان الموارد التى ورد المنع فيها خمسة - الدار - والحانوت - والرحى - والسفينة - والارض.

اما الاوليتان - فقد ورد النص على حرمة فضل الاجرة فيهما بلامعارض - لاحظ - حسن (١) ابى الربيع الشامى عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يتقبل الارض من الدهاقين ثم يؤاجرها باكثر مما تقبلها به ويقوم فيها بحظ السلطان فقال عليه السلام لابأس به ان الارض ليست مثل الاجير ولا مثل البيت ان فضل الاجير والبيت حرام - وبمضمونه خبر (٢) ابراهيم بن ميمون ومصحح (٣) الحلبى عنه عليه السلام فى الدار ولا يؤاجرها باكثر مما استاجرها به الا ان يحدث فيها شيئا و حسن (٤) ابى المعزا عنه عليه السلام قال عليه السلام فى الجواب عن السؤال المذكور فى خبر ابى الربيع - لاباس ان هذا ليس كالحانوت ولا الاجير

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة حديث٣

(٢-٤) الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام الاجارة حديث٥ - ٤

(٣) الوسائل باب ٢٢ - من ابواب احكام الاجارة حديث٣ -

ان فضل الحانوت و الاجير حرام -ولاموهم لمعارضة هذه النصوص - الا - النصوص المجوزة الواردة في غيرهما بالغاء خصوصية المورد وحسن(١)الحلبى عنه عليه السلام في الرجل يستأجر الدارثم يؤاجرها باكثر مما استأجرها به قال عليه السلام لايصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئاً - بتقريب ظهور لايصلح في الكراهة - ولكن التعدى ممنوع سيما مع التصريح في النصوص بالفرق- ولايصلح غير ظاهر في الكراهة غايته عدم الظهور في الحرمة .

اما الرحى ففيها - خبران - احدهما موثق (٢) ابى بصيرعن الصادق عليه السلام انى لاكره ان استاجر رحى وحدها ثم او اجرها باكثر مما استاجرتها به الاان يحدث فيها حدثا او يغرم فيها غرامة- ثانيهما - صحيح (٣) سليمان بن خالد وهو قريب من الاول - والكراهة وان لم تكن ظاهرة في المصطلحة -لكنها غيرظاهرة في الحرمة - فالمتيقن مطلق المرجوحية المساوقة للكراهة المصطلحة .

واما السفينة ففيها رواية واحدة - وهى - مارواه (٤) اسحاق بن عمارعن جعفر عن ابيه عليهما السلام لا بأس ان يستأجر الرجل الدار او الارض او السفينة ثم يؤاجرها باكثر مما استأجرها به اذا اصلح فيها شيئا - وهى بمفهوم الشرط تدل على ثبوت الباس في الثلاثة وهوظاهر في الحرمة - و حمله على الكراهة بالنسبة الى الارض - بقرينة روايات اخر لايوجب حمله عليها بالنسبة الى السفينة التى لامعارض له فيها - والازم البناء عليها في الدارايضا ويجعل هذه معارضة لماتقدم من النصوص-(فما)افاده المحقق الاصفهاني ره من حملها على الكراهة بالنسبة الى السفينة- لايلائم - مع ما ذكره في الدار من انه لامعارض لنصوص حرمة فضل الاجرة فيها .

واما الارض - ففيها طوائف من النصوص - منها - مايدل على الجواز مطلقا كحسنى ابى الربيع وابى المعزا وخبرابن ميمون المتقدمة - ومنها - ما يدل على

(١-٢-٤)الوسائل باب ٢٢ من ابواب احكام الاجارة حديث ٤-٥-٢

(٣) الوسائل باب ٢٠ - من ابواب احكام الاجارة حديث -١

عدم جواز اجارتها وجواز مزارعتها بالاكثر -كخبر(١) الحلبي قلت لابي عبدالله عليه السلام اتقبل الارض بالثلث اوالربع فاقبلها بالنصف قال عليه السلام لا بأس به قلت فاتقبلها بالف درهم واقبلها بالفين قال عليه السلام لايجوز قلت لم قال عليه السلام لان هذا مضمون وذاك غير مضمون وقريب منه موثق (٢) اسحاق بن عمار - فان المعلوم عدم خصوصية للدراهم ولا للذهب والفضة الموجودين في الموثق سيما وقد علل فيهما بان الذهب والفضة مضمونان - او ان هذامضمون - وان لم نفهم العلة.

ومنها مايدل على عدم جوازاجارتها ومزارعتها معا -كخبر(٣) الهاشمي ولايصح حمل الطائفة الاولى على ما اذا احدث فيها شيئا - بقرينة الطائفة الثالثةلما نبه عليه في الحدائق -من انه على هذا لايبقى فرق بين الارض وبين الدار والحانوت فان حرمة الاجارة فيهما ايضاً مقيدة بان لايحدث فيهما شيئا . وصريح الطائفة الاولى الفرق - وبه يظهر انه لايصح حملها على ارادة المزارعة منها نظرا الى انه يعبر عنها بالاجارة كثيرا - ولا بتخصيص روايات المنع بما اذا كانت مضمونة في الذمة - اوبالدراهم والدنانير بل الجمع العرفي يقتضي حمل الثانية على الكراهة بقرينة الاولى - ثم الجمع بينها الصريحة في الجواز في المزارعة وبين الثالثة الظاهرة في عدم الجواز فيها يقتضي حمل المنع في الثالثة على مرتبة من الكراهة هي اخف من كراهة الاجارة (فالمتحصل) مما ذكرناه حرمة الاجارة بالاكثر ما لم يحدث شيئا في الدار والدكان والسفينة وكراهتها في الرحى والأرض.

اجارة بعض العين المستأجرة بالاكثر

ثم انه لواستأجر نصف العين المستأجرة بالاكثر او المساوى - فهل يجوز ام لا -ام يفصل بين الموردين -الظاهر هو الثالث لصحيح(٤) الحلبي اوحسنه عن الصادق عليه السلام

(١- ٢-٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب احكام الاجارة حديث ١-٢-٣

(٤) الوسائل باب٢٢ -من ابواب احكام الاجارة حديث ٣

لو ان رجلا استأجر دارا بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة لم يكن به باس ولا يؤاجرها باكثر مما استاجرها به الا ان يحدث فيها شيئا - ونحوه خبر(١) ابى الربيع ومعها لا يصغى الى ما قيل - من انه لو استاجر بعضها بالمساوى وان لم يصدق الاجارة بالاكثر لكن يصدق الفضل على الاجرة لان انتفاعه بما عدا الحصة المستاجرة فضل والماخوذ فى جملة من نصوص المنع فضل الاجرة - ولا الى ماقيل - من ان اجرة نصف العين المستأجرة نصف اجرة تمامها فلو آجر النصف بالمساوى لزم منه الاجارة بالاكثر - اضف الى ذلك عدم تماميتهما - فان الما خوذ فى بعض الاخبار فضل الاجرة - لا الفضل على الاجرة - ومعلوم ان الانتفاع بما عدا الحصة المستاجرة لا يكون من فضل الاجرة بل هو فضل عليها وايضاً ظاهر الاخبار ملاحظة الاجرة بنحو الوحدة كملاحظة الاجارة كذلك لا تحليل الاجارة الى اجارات وتقسيط الاجرة على الحصص (فان قيل) ان الضمير فى قوله عليه السلام فى الخبرين ولا يؤاجرها يرجع الى الدار لا الى ثلثها فلا يدل الخبران على حكم الاجارة بالاكثر (قلنا) اولا ان الظاهر دلالة صدرهما بالمفهوم عليه - وثانيا - انه يثبت فيه ذلك بالاولوية - ففحوى مادل على حرمة ايجار الكل بالاكثر حرمة ايجار بعضه ايضاً به - (وعن) الشيخ قده القول بالمنع فى اجارة البعض بالمساوى ومضمر (٢) سماعة شاهد به - لكنه محمول على الكراهة - لان ذلك مقتضى حمل النص على الظاهر - سيما وان مورده الارض التى قد مر كراهة الاستيجار فيها بالاكثر لا حرمته.

ثم ان ظاهر جماعة وصريح آخرين اختصاص الحكم المزبور - اى حرمة استيجار العين المستأجرة بالاكثر او كراهته - بما اذا كانت الاجرة فى الاجارة الثانية من جنس الاجرة فى الاجارة الاولى - والا فمع الاختلاف لا مانع من ذلك (واستدلوا) لذلك بان الظاهر من الاكثر الاكثر فى الجنس لا الاكثر فى المالية والقيمة فمع الاختلاف فى المالية لا يقال ان احدى الاجرتين اكثر من الاخرى (وفيه) اولا - انه حيث يكون

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الاجارة حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الاجارة حديث ٦

النظر فى الثمن والاجرة الى المالية والقيمة فمقام الاجرة مقام النقدين فى التمحض فى المالية - وعليه فيصدق الاكثرية.وثانيا. انه لاينحصر الاخبار فيماكان الماخوذ فيه هذا العنوان بل المأخوذفى بعض النصوص فضل البيت اوالحانوت اوالاجير ففى خبر(١) ابى الربيع عن الصادق عليه السلام ان فضل الاجيروالبيت حرام - وفى خبر(٢) ابى المعزا عنه عليه السلام ان فضل الحانوت والاجير حرام - ومن المعلوم ان احدى الاجرتين اذا كانت ذات فضل وزيادة على الاخرى فى المالية يصدق فضل تلكم فالظاهرعدم الفرق بين الصورتين .

حكم مالو تقبل عملاو قبله غيره بالنقيصة

٦ - من تقبل عملا فى ذمته من غير اشتراط المباشرة لم يجز ان يقبله غيره بنقيصة كماعن النهاية والسرائر والارشاد -وفى المسالك نسبتهالى المشهور- الا ان يحدث فيه مايستبيح به الفضل -والمستند جملة من النصوص لاحظ صحيح(٣) محمد ابن مسلم عن احدهما عليهما السلام انهسئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه الى آخر فيربح فيه قال عليه السلام لا الا ان يكون قد عمل فيه شيئا وخبره (٤)الاخر عنه عليه السلام ايضاً عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعهو يعطيه من يخيطهو يستفضل قال عليه السلام لاباس قد عمل فيه ونحوه خبر(٥) ابى حمزة وخبر(٦) ابى محمد الخياط قلت لابى عبدالله عليه السلام اتقبل الثياب اخيطها ثم اعطيها الغلمان بالثلثين قال عليه السلام اليس تعمل فيهافقلت اقطعهاواشترى الخيوط قال عليه السلام لاباس -ويعضدهاماتقدم من النصوص المانعة عن فضل الاجير -ولاينا فيها- خبر (٧) على الصائغ عنه عليه السلام فى تقبله العمل ثم تقبيله من غلمان يعملون معه لايصلح ذلك الا ان تعالج معهم فيه قال قلت فانى اذيبه لهم فقال عليه السلام ذلك عمل فلاباس -لعدم ظهور لايصلح فى الكراهة كمالاينافيها خبر (٨) الحكم الخياط-الدال على جوازذلك -فانه مطلق يقيد اطلاقه بما اذااحدث

(١-٢)الوسائل باب ٢٠ من ابواب الاجارة حديث ٢ -٤

(٣-٤-٥-٦-٧-٨) الوسائل باب٢٣من ابواب الاجارةحديث ١-٥-٤-٦-٧-٢-

فيه شيئا - و عن المصنف فى التذكرة و القواعد والمحقق الثانى و الشهيدين - القول بالكراهة قال فى المسالك ومستنده اخبار حملها على الكراهة اولى جمعا - ومستندهم فى ذلك اما ماتقدم الذى عرفت مافيه اوصحيح(١) ابى حمزة عن الباقر عليه السلام انه سئل عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه ويدفعه الى آخر يربح فيه قال عليه السلام لاباس - هكذا رواه المصنف ره وعن السرائر روايته كك - ويرده ان الموجود فى كتب الحديث القديمة على ماصرح به اهله - لا - بدل لاباس - فهو ايضا يدل على المنع - اللهم الا ان يقال ان مجرد ذلك لايصلح دليلا لرد مارواه بعد كونهما من اساطين الفن ايضا - فالمقام داخل فى كبرى كلية وهى دوران الامر بين الزيادة و النقيصة - و الاصل فيها البناء على وجود الزايد وعليه فمارواه هو الصحيح والجمع بينه وبين النصوص المانعه يقتضى البناء على الكراهة - فالاظهر ذلك (ثم) ان مورد النصوص المانعة هو العمل بالعين كخياطة الثوب وصياغته واما العمل الصرف كالصلاة وماشاكل فيبقى على اصل الجواز - (ثم ان) الكلام فى جواز استيجار الغير باكثر من الاجرة او بالمساوى هو الكلام فى استيجار العين المستأجرة بالاقل اوالمساوى والمدرك واحد - كما ان الكلام فى جواز تسليم العين التى هى متعلق العمل الى الاجير الثانى - وضمانه وعدمه - هو الكلام فى تلك المسألة

حكم الاجير الخاص

المسألة السادسة - فيما يتعلق بالاجير الخاص - والعام - والمراد بالاول من كانت منافعه الخاصة او العامة او ما تعهده من عمل فى الذمة فى مدة خاصة مملوكة للمستأجر - وبالثانى من كان فاقد البعض مايعتبر فى الاجير الخاص اولكله من تعيين المدة الخاصة و المباشرة - فالكلام فى موردين - الاول فى الاجير الخاص - ونخبة القول فيه بالبحث فى جهات .

١ - اذا كان اجير العمل خاص فى مدة مخصوصة كالخياطة - ثم آجر نفسه لعمل

---

(١) التذكرة ج٢ ص٢٩١

آخر مضاد معه كالكتابة فى نفس تلك المدة — الظاهر فساد الاجارة الثانية — فان الاظهر عندنا وان كان ان المنافع المتضادة قابلة للملكية فى زمان واحد كما تقدم — والامر بالوفاء بالاجارة الذى هو امر بايجاد الخياطة — لايقتضى حرمة الكتابة حتى يقال ان المنفعة محرمة فلا تنفذ الاجارة المتعلقة بها — لان الامر بالشيء لايقتضى النهى عن ضده — وعلى فرضه يكون نهيا مقدميا او لويا نفسيا — الا انه حيث ملك احد الضدين اولا — فلا سلطنة له على تمليك الضد الاخر لعدم القدرة له على التسليم (اللهم الا ان يقال ان القدرة الشرعية على التسليم لاتكون معتبرة والقدرة العقلية موجودة لان مدرك اعتبارها لزوم الغرر مع عدم القدرة فراجع ما ذكرناه. وعليه فتصح الاجارة الثانية — ولكن الظاهر تسالمهم على بطلانها — وعلى البطلان فلا اشكال فى انه ليس للمستأجر اجارتها لان مورد الاجارة الثانية ليس ملكا له ولا مورد العقد.

وهل يمكن تصحيحها لو ابرئه المستاجر — او اقال الاجارة الاولى ام لا — والظاهر ان مدرك البطلان ان كان عدم ما لكيته للعمل الثانى لان المنافع المتضادة لا تملك — فيدخل المقام فى مسألة من باع ثم ملك — وان كان مدركه ان الامر بالشيء يقتضى النهى عن ضده فالظاهر صحتها لان الحرمة ترتفع والعمل فى ظرفه مباح و المعتبر هو الاباحة فى ظرف العمل لافى موقع العقد — و ان كان مدركه عدم القدرة على تسليمه فان علم حين الاجارة الثانية بان المستأجر يبرئه او يقيله لااشكال فى الصحة — والا فيشكل من جهة ان القدرة على التسليم انما تكون معتبرة لرفع الغرر ومع عدم العلم بامكان الحصول فى ظرفه تكون الاجارة غررية و باطلة — و الباطل لاينقلب صحيحا —

٢ — اذا كان اجير العمل خاص فى مدة خاصة كالخياطة — فآجر نفسه للخياطة ايضاً فى تلك المدة — فلا اشكال فى عدم وقوع الاجارة له اذ المفروض ان هذه المنفعة الخاصة ملك للمستاجر فما آجره مملوك للغير فتكون الاجارة فضولية فان اجازها المستأجر صحت والافلا.

٣ — اذا كان اجير الجميع منافعه بالنحو المتقدم — فآجر نفسه لعمل خاص فى تلك المدة كانت الاجارة الثانية واقعة على ما هو مملوك الغير فيتوقف صحتها على

اجازته-ثم ان ماذكرناه في هذه الصور الثلاث يجرى-فيما لو آجر دابته بلحاظ منفعتها الخاصة -او بلحاظ جميع منافعها .

٤-اذا آجر نفسه لكلي عمل خاص بشرط ان ياتي به في مدة مخصوصة ثم آجر نفسه لذلك العمل او لضده من شخص آخر في تلك المدة -فان كان ايجاره نفسه ثانيا بتمليك منفعته الخاصة في تلك المدة - لا اشكال في الاجارة الثانية الا من ناحية منافاتها لحق الشرط و قد مر انه لا توجب البطلان فتصح اجارته و بصحتها يتخلف الشرط لعدم تمكنه بعد ذلك من الاتيان بالعمل للمستاجر الاول لصيرورة هذه الحصة مملوكة للثاني فلا محالة يكون مصاديق ما يكون احدها مملوكا للاول الحصص الاخر غير هذه الحصة وان كان ايجاره نفسه ثانيا بالتعهد بالعمل الخاص بشرط اتيانه في تلك المدة -- لا اشكال في صحة الاجارة الثانية والظاهر بطلان الشرط لكونه مخالفا للسنة اذ المفروض وجوب ان ياتي بالعمل للمستاجر الاول فالشرط فاسد فلا بد له من ان ياتي به للاول في تلك المدة و بعدها للثاني-نعم-لو تخلف عن ذلك واتى به للثاني فقد وفي بالاجارة لان انطباق الكلي على فرده قهري.

٥- اذا عمل الاجير في تمام المدة المعينة لنفسه او لغير المستاجر باجارة او جعالة مع عدم لحوق الاجازة او عدم كون المورد قابلا لها فلا اشكال في الضمان للمستاجر انما الخلاف في انه هل يضمن الاجرة المسماة -او اجرة المثل - ام يتخير المستاجر بين مطالبة المسماة - او اجرة المثل (والحق) ان يقال انه حيث تعذر تسليم مورد الاجارة فللمستاجر الخيار في الفسخ والابقاء فان فسخ له مطالبة الاجرة المسماة لرجوعها بالفسخ اليه - وان ابقاها- فان كان موردا للاجارة الثانية فله ان يجيزها فيطالب الاجرة المسماة في الاجارة الثانية - وان لم يكن موردا لها او لم يجزها-فان كان المورد من الموارد التي تكون المنفعة الواقع عليها الاجارة الثانية ملكا للمستاجر له ان يطالب اجرة مثل ما استوفاه المستاجر الثاني او غيره لان المنفعة ملك له على الفرض فله مطالبة اجرة مثلها - وان كان من الموارد التي لا يملك تلك المنفعة فله ان يطالب اجرة المثل للمنفعة الفائتة لان المؤجر اتلفها عليه فهو ضامن لها -

وبهذا يظهر ما في كلمات القوم في المقام.

ولو عمل للغير اولنفسه فى بعض المدة ـ قبل ان يعمل للمستاجر الاول شيئا فحكم المنفعة التى اتلفها ـ حكم تمام المنفعة التى اتلفها من ضمان اجرة المثل او المسماة اوالتخيير المتقدم فى الجهة السابقة ـ انما الكلام فى انه هل للمستأجر خيار الفسخ فى الجميع او انه يختص بما اتلفه الاجير على المستأجر ـ او انه له الخيار فى خصوص الباقى (والاظهر) هوالاول فان الغرض تعلق بالانتفاع بالمجموع و باتلاف البعض يلزم التبعض فله دفع تبعض الانتفاع الذى هـو مناف لغرضه بفسخ العقد راسا ولا يندفع المحذور بفسخ خصوص الماضى او الباقى فانه بنفسه مساوق للتبعض فتدبر (وبما ذكرناه) يظهر حكم مالو سلم الاجير نفسه للمستاجر الاول و عمل له فى بعض المدة الخاصة ثم آجر نفسه لغيره و عمل له باقى المدة ـ ولا يصغى الى ماقيل فى هذه الصورة بان الاجير بتسليمه نفسه للعمل للمستأجر قد سلم مايجب عليه تسليمه فتعذر المنفعة بعد ذلك من قبيل التعذر بعد التسليم الذى لايوجب الخيار فان التسليم فى باب الاجارة غير التسليم فى باب البيع فانه فى باب البيع مورد العقد نفس العين التى هى موجودة قارة فتسليمها دفعى ـ واما فى باب الاجارة فموردها المنفعة وهى تدريجي الوجود فتسليمها ايضاً تدريجي ـ فتسليم العين فى كل زمان تسليم لمنفعتها فى ذلك الزمان ولايكون تسليما لها الى الا بد هذا فى العمل المتقوم بالمستأجر ايضا كحمل متاعه مثلا ـ واما فى العمل القائم بالاجير خاصة كالاجارة لنيابة الصلاة فالامر اوضح فان تسليمه انما يكون بايجاده فمع ايجاده فى بقية المدة للغير لايكون ايجاداً للمستاجر فلا تسليم .

٦ـ فيما للمستاجر الاول مطالبة المسماة فى الاجارة الثانية ـ وفيما له مطالبة اجرة المثل ـ هل يتعين المطالبة من الاجير ـ اومن المستاجر الثانى ـ ام يتخير فى مطالبة ايهماشاء ـ ام هناك فرق بين الموردين وجوه ـ وتنقيح القول بالبحث فى موردين

الاول ـ فى مطالبة الاجرة المسماة وهى انما تكون فيما لو اجاز الاجارة الثانية فان كانت الاجرة عيناشخصية ـ فتارة تكون هى عند المستاجر ـ واخرى اقبضها الاجير وعلى الثانى فقد يجيز القبض وقد لايجيزه ـ لااشكال فيما اجاز القبض فى انه ليس

له الرجوع الى المستاجر لان المال بيد الاجير والمستاجر لامال عنده ولا عهدته عليه لان المفروض اجازته للقبض فخرج عن ضمان المعاوضة ـ كما لااشكال فى انه يتعين الرجوع الى المستاجر اذا لم يقبض الاجرة. و اما لو كانت الاجرة مقبوضة والمستاجر الاول لم يجز القبض ـ فالظاهر انه مخير فى مطالبة ايهما شاء اما الاجير فلكون المال عنده والناس مسلطون على اموالهم (١)ـ واما المستاجر الثانى فلان عهدة التسليم المعاوضى عليه و لا يخرج عنها الا بالتسليم الى المالك اوالماذون من قبله. وان كانت الاجرة كلية وقد اقبض المستأجر الثانى فرداً منها ـ فان اجاز المستاجر الاول القبض تعين الرجوع الى الاجير لانه باجازة القبض قد صار الفرد ملكاً له ـ وان لم يجزه كانت الاجرة باقية فى ذمة المستاجر وما بيد الاجير ملك له دون المستاجر الاول فله الرجوع الى خصوص المستاجر الثانى.

الثانى فى اجرة المثل ـ فالظاهر ان له التخيير فى مطالبتها من ايهما شاء ـ اما الاجير فلانه بايجاد العمل للمستاجر الثانى قد فوت ذلك على المستاجر الاول (لايقال) ان الاجير اوجد العمل وسلمه الى المستاجر الثانى ـ فلا يصدق عليه انه اتلفه ـ اذ الاتلاف انما يكون بابقاء عدم العمل لا بايجاده (فانه يتوجه) عليه انه ايجاد للعمل بالاضافة الى المستاجر الثانى ـ واتلاف له بالاضافة الى المستأجر الاول لامتناع وجوده له ـ ولا ينحصر الاتلاف فى الاعدام كيف و قد صرح فى خبر (٢) عقبة بن خالد الوارد فى التلف قبل القبض بان السرقة من الاتلاف مع انه لااعدام هناك ـ واما مطالبة المستأجر الثانى فلانه تسلم مال الغير من دون اذن من مالكه لان الاجير ليس مالكا له فلا يكفى تسليمه (ثم انه) اذا ادى المستاجر الثانى اجرة المثل ـ فان كانت مساوية للمسماة فلا كلام و ان كانت ازيد ـ فان كان جاهلا بالامر يرجع بالزايد الى الاجير لقاعدة

(١) البحار ج١ ـ ص١٥٤ الطبع القديم ج٢ص٢٧٢ الطبع الحديث
(٢) الوسائل ـ باب ١٠ من ابواب الخيار كتاب التجارة

الغرور وان كان عالما فليس له ذلك بل يكون قرار الضمان عليه كما فى تعاقب الايادى و به يظهر حكم ما اواداها الاجير .

٧ - اذا عمل الاجير تبرعا للغير - فللمستأجر الاول الرجوع فى اجرة المثل الى الاجير - لانه بالعمل التبرعى اتلفه على المستاجر المالك له فهو له ضامن - كما ان له الرجوع الى المتبرع له - لانه تسلم مال الغير من دون تبرع من مالكه لان الاجير ليس مالكا له فلا يكفى تبرعه - ثم ان رجع الى المتبرع له - و كان جاهلا يرجع هو الى الاجير لقاعدة الغرور - وان كان عالما لا يرجع اليه لعدم الغرور و ن رجع الى الاجير - فان كان المتبرع له جاهلا فلا اشكال فى انه ليس له الرجوع اليه وان كان عالما فالظاهر ان له ذلك لعدم كون العمل مملوكا له حتى يكون تبرعه هتكا لحرمة عمله - نعم - ان غرره المتبرع له كما اذا اغفله عن ان هذا اليوم هو اليوم الخاص - له الرجوع اليه لقاعدة الغرور .

حكم الاجير العام

المورد الثانى فى الاجير العام - والمشترك وقدمر فى اول المسألة ضابطه - وهو من كان فاقد البعض ما يعتبر فى الاجير الخاص اولكله من تعيين المدة الخاصة - والمباشرة - وهذا هو المراد مما فى بعض (١) الاخبار - من تفسير المشترك بانه الذى يعمل لى ولك - فاذا سقطت المباشرة اوالغيت المدة المخصوصة اوهما معا كان الاجير عاما ومشتركا - وملخص القول فيه ان مقتضى القاعدة الاولية جواز عمله للغير ولو على وجه الاجارة قبل الاتيان بالمستأجر عليه اذا كانت المدة ملغاة - وجوازه بالمباشرة لاحدهما و بالتسبيب للاخر اذا كانت المباشرة خاصة ملغاة - وجوازهما معامع الغاء القيدين لعدم منافاته له - اذ المفروض عدم تعيين المدة او المباشره او هما معا - ولكن قد استدل للزوم التعجيل و لو كانت المدة ملغاة اى لم يؤخذ الزمان الخاص للعمل بوجهين منقولين عن الشهيد قده

---

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب الاجارة حديث ١٣

(احدهما) ان الاطلاق في العقود يقتضى التعجيل - وفيه (اولا) ان لنا ان نفرض الكلام فيما او كانت قرينة على عدم التعجيل (وثانيا) ان الاطلاق المزبور يتم في مثل العوضين في البيع والاجرة في المقام اذا كانت من الاعيان. ولا يتم في العمل المستاجر عليه. وذلك لان العقد اذا وقع على الاعيان حيث ان العين لا تقبل التقييد بالزمان فلامحالة يصير من حين العقد تلك العين الشخصية ملكا للطرف وح فمقتضى قاعدة السلطنة على الاموال ان له يطالب بها ويجب عليه تسليمه اياها واما الاعمال و المنافع فهى قابلة للتقييد بالزمان و عليه فالعمل الذى وقع عليه الاجارة بما ان المفروض عدم تحديده بزمان خاص فلا محالة يكون ما وقع عليه العقد طبيعى العمل غير المقيد بايقاعه في زمان خاص و معه لاسلطنة لمالكه على مطالبته في زمان معين بل اختيار ذلك بيد الاجير ولا يكون امتناعه عن ايقاعه في زمان خاص امتناعا عن الحق حتى يكون منافيا لقاعدة السلطنة فتدبر فانه حقيق به (ثانيهما) ان الامر بالوفاء بالاجارة يقتضى الفورية ولذا قيل انه يجب المبادرة مع عدم المطالبة.

وفيه (اولا) ما حقق في محله من ان الامر لا يقتضى الفورية (وثانيا) ان الوفاء عبارة عن التمام او ما يقاربه و الايفاء عبارة عن الانهاء والاتمام - وعليه فالوفاء بالاجارة عبارة عن ايجاد العمل الذى تعلقت به على النحو الذى تعلقت فاذا كان المعقود عليه عملا كليا موسعا فالوفاء به كذلك - فلا معنى لدلالة الامر به على الفور كما لو تعلق الامر بالموسع بل مورد الفور ما لو تعلق الامر بعمل لم يعلم حاله من حيث الفور والتراخي - فالحق عدم تمامية هما - فدعوى التعجيل ممنوعة.

ثم انه على المختار لا كلام في صحة الاجارة الثانية - واما على القول الاخر فقال جماعة ببطلانها واستدلوا له بوجوه (منها) ان الامر بايجاد العمل المستاجر عليه اولا يقتضى النهى عن ضده وهو يقتضى الفساد (وفيه) ما حقق في محله من عدم اقتضاء الامر بالشىء للنهى عن ضده - مع - ان النهى التبعى لا يدل على الفساد - اضف الى ذلك ان ضد العمل المستأجر عليه اولا العمل المستاجر عليه ثانياً لا الاجارة نفسها فلا نهى عنها قطعا (ومنها) انه بعد تحقق الاجارة الاولى يجب الوفاء به فورا - ومعه

لاقدرة له على الوفاء بالاجارة الثانية فورا فلا يعقل الامر به فلادليل على امضاء الثانية (وفيه) ان مدرك صحة الاجارة الثانية لوكان خصوص ما تضمن الامر بالوفاء بها كان لما ذكروجه . ولكن الدليل لاينحصر فيه وكفى بقية ادلة الامضاء في الاستناد للصحة -اضف اليه- ان القدرة المعتبرة هي القدرة على اتيان المتعلق خاصة ولا يعتبر القدرة حتى مع الاتيان بمتعلق الاجارة الاولى كما هو الشان في جميع موارد التزاحم -نعم- يقع التزاحم ح بين الامر بالوفاء بالاجارتين فيجرى فيه ما يجرى في ساير موارد التزاحم ، فمن يرى سبق الخطاب من المرجحات يحكم في المقام بوجوب الوفاء بالاولى ومن لا يرى ذلك يحكم بالتخيير بينهما (و منها) انه حيث يجب على الاجير العمل للمستاجر الاول -فهو غير قادر شرعاً على تسليم العمل للمستاجر الثاني والقدرة على التسليم شرط في صحة الاجارة (وفيه) ما تقدم منا- من ان القدرة على التسليم ليست بعنوانها شرطاً حتى يقال ان الممتنع شرعاً كالممتنع عقلا -بل من جهة لزوم الغرر و دفعا له بنينا على اعتبارها ولا يلزم ذلك مع عدم القدرة شرعا كما لا يخفى (ومنها) ان الاجارة الاولى احدثت حقا للمستاجر الاول على الاجير ولازمه عدم تاثير الاجارة الثانية (وفيه) ان الاجارة الاولى لم توجب سوى مالكية المستاجر العمل الكلي في ذمة الاجير ولامنافاة بين ذلك وبين التمليك الثاني لعدم التضاد بين العملين (فالمتحصل) انه على القول بالتعجيل ايضا لاتبطل الاجارة الثانية .

حكم منع المؤجر من العين

السابعة -فالفده- **(ولو منعه المؤجر من العين اوهلكت قبل القبض بطلت ولو منعه ظالم بعد القبض صحت ويرجع المستاجر على الظالم ولو انهدم المسكن من غير تفريط فسخ المستاجر ورجع بنسبة المتخلف من الاجرة او الزم المالك بالعمارة)** وتحقيق القول في المقام بالبحث في موارد.

١-لو استاجر شيئاً فمنعه المؤجر من تسلمه واستيفاء المنفعة منه -ففيه اقوال -احدها- مافي المتن وعن الشيخ ره والتذكرة و هو انفساخ العقد - فتسقط الاجرة

- ثانيها- ما قواه صاحب الجواهر ره لو لم يكن اجماع على خلافه و اختاره المحقق الاصفهاني وهو بقاء العقد وان للمؤجر المسماة. وللمستاجر اجرة المثل للمنفعة الفائتة، -ثالثها- ما في الشرائع وعن غيرها وهو التخيير بين سقوط الاجرة وعدم دفعها اليه -و بين الدفع ومطالبة اجرة المثل.

واستدل- للاول بان التلف قبل القبض كما ياتي في المورد الثاني -- موجب لانفساخ العقد، والتلف شامل للقهري والاختياري- والاختياري عام لما اذا استند الى المؤجر او الاجنبي (وفيه) ان كون تلفها قبل القبض موجبا للانفساخ ان كان بلحاظ القاعدة لاجل عدم المنفعة فهي غير شاملة للمقام -وان كان بلحاظ ما ورد في البيع(١) من ان كل مبيع تلف قبل قبضه... الخ بضميمة انهم الحقوا الاجارة بالبيع فهو منصرف الى التلف القهري او ظاهر فيه ولا يشمل الاختياري المساوق للاتلاف.

واستدل للثاني بعموم(٢) قاعدة الاتلاف - الشاملة لما قبل القبض ايضا- وهو متين- لكنها لا تدل على تعين ذلك كي تنافي مع ما يدل على التخيير (والحق) ان يقال ان قاعدة الاتلاف تقتضي ضمان اجرة المثل- لو لم يفسخ العقد- ولذلك من جهة خيار تخلف الشرط. والمراد به الشرط الضمني الذي عليه بناء العقلاء في المعاملات - وهو تسليم العوضين وليس ذلك بمناط رفع الضرر حتى يقال انه يندفع بالتدارك - وعليه - فله ان يفسخ العقد فتسقط الاجرة وله ان يبقيه ويطالب باجرة مثل المنفعة الفائتة لقاعدة الاتلاف - فالاظهر هو التخيير بين الامرين.

فان قيل انه فرق بين اتلاف المنفعة - وتفويتها - فلو استوفى المؤجر المنفعة يصدق الاتلاف- واما لو منع المستاجر عن الانتفاع بالعين بحبسه مثلا- او لم يسلم العين اليه لان ينتفع بها - فلا اتلاف هنا بل هو تفويت وعليه فليس له مطالبة اجرة المثل -

---

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار- كتاب التجارة حديث ١

(٢) قاعدة مصطادة من موارد خاصة

ثم انه فى صورة تسليم العين اليه ومنعه عن الانتفاع بها - حيث انه لم يخالف الشرط الضمني فلاخيار ايضاً (قلنا) ان الاتلاف مفهومه عرفا عام شامل لكل مورد منع عن فعلية المنفعة كان ذلك باستيفائها - او بغير ذلك - نعم - ما افيد فى صورة المنع من الانتفاع من عدم ثبوت الخيار تام .

ثم انه اذا منعه المؤجر فى بعض المدة ثم سلمه العين فبالنسبة الى المنفعة الفائتة يجرى جميع ما ذكر فى تفويتها فى تمام المدة - ويمتاز عنه بثبوت خيار التبعض (فان قيل) ان ثبوت خيار التبعض على القول بالانفساخ لااشكال فيه - واما على الاقوال الاخر - ففى ثبوته اشكال فان المستاجر عليه ملك المجموع فلو قلنا بثبوت اجرة المثل والتغريم كان العقد اثر اثره والتغريم مؤكد لبقاء اثر العقد فى الفائت والباقى فلا تبعض وكذا لو قلنا بالخيار فان الخيار مؤكد لبقاء العقد واعماله اقدام منه على التبعض ومثل ذلك لايوجب الخيار (قلنا) ان خيار التبعض كما يثبت فى التبعض فى الملك كك يثبت فى التبعض فى الغرض المعاملى و المدرك واحد كما حقق فى مبحث الخيارات - وعليه - ففى المقام حيث انه يلزم التبعض فى الغرض المعاملى وهو الانتفاع بالمجموع فيثبت الخيار .

وبما ذكرناه يظهر حكم ما لو سلمه المؤجر فى بعض المدة ثم منعه فى بعضها الآخر - فانه فى المدة الباقية يجرى ماذكرناه من التفويت فى تمام المدة - وبالنسبة الى المجموع يثبت خيار التبعض كما فى عكس المسألة (فان قيل) ان من يقول بالانفساخ لقاعدة التلف قبل القبض ليس له البناء عليه فى الفرض - لفرض كونه بعد القبض (قلنا) ان المنفعة حيث تكون تدريجى الوجود فكما ان وجودها تدريجى كك قبضها تدريجى - فبالنسبة الى المنفعة الباقية يكون من قبيل التلف قبل القبض.

حكم التلف قبل القبض

٢ ـ اذا استأجر شيئا معينا فتلف قبل قبضه انفسخت الاجارة بلاخلاف ويشهد له مضافا ـ الى الاجماع على الحاق الاجارة بالبيع الذى ورد فيه النبوى (١) كل مبيع تلف قبضه فهو من مال بايعه ـ وخبر (٢) عقبة بن خالد ـ كما الحقوا فى ذلك الباب الثمن بالمبيع ـ ان المملوك بالاجارة انما هو المنفعة وهى تدريجية فمع تلف العين قبل المدة المضروبة لامنفعة فلاشىء حتى يملك بالاجارة هذافى التلف الحقيقى واما التنزيلى منه فالبطلان اوالانفساخ خلاف القاعدة ينحصر مدركه بالاجماع على الالحاق بالبيع ـ ثم ان مقتضى القاعدة هو بطلان الاجارة ومقتضى الالحاق بالبيع هو الانفساخ لا البطلان .

ثم انه لو تلفت العين المستأجرة بعد القبض بلافصل ـ فالظاهر ان حكمه حكم التلف قبل القبض ـ فان مرجع تلفها الى عدم وجود المنفعة فى وعائها فلا منفعة ولا قبض فهو فى الحقيقة من التلف قبل القبض (وما افاده) صاحب الجواهر ره بانه بمجرد قبض العين يستحق الاجرة وان لم يخرج به عن ضمان المعاوضة (غير تام) فان القبض الذى به يستحق الاجرة فى باب الاجارة قبض المنفعة وقبض العين مقدمة له وحيث لامنفعة فى ظرفها فلاقبض .

ثم انه اذا تلفت العين بعد مدة الاجارة وقبل قبضها فقد يقال بانفساخ الاجارة لانه من قبيل التلف قبل القبض ـ وفيه ـ انه ان كانت الاجارة على المنفعة الموقتة بوقت خاص وتلفت العين بعد ذلك الوقت ـ فلاوجه للانفساخ ولاالبطلان ـ اما الثانى ـ فلانه كان بملاك عدم المملوك والفرض وجوده ـ واما الثانى فلانه بعد تلك المدة لايكون المستأجر مالكا للمنفعة حتى يعود الى المؤجر بالانفساخ ويعود مابازائه الى المستأجر

---

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار ـ حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٠ ـ من ابواب الخيار

(ودعوى) ان مقتضى اطلاق الدليل الدال على حكم التلف قبل القبض الشامل للفرض رجوع ما مضى من المنفعة غير المقبوضة (مندفعة) بان تلك المنفعة لم يعرضها التلف - و ما عرض له التلف لايكون مملوكا فلاموضوع لذلك الدليل - وان كانت الاجارة واقعة على منفعة العين الخارجية بنحو الكلي فى المعين كمنفعة الدابة فى يوم من الاسبوع - وفرض تلفها بعد مضى يوم واحد - فحيث ان الكلي فى المعين يتعين قهرا بتلف ماعدا فرد منه فلامحالة يكون المملوك هو الفرد غير التالف - فيجرى فيه ما ذكرناه فى سابقه - ثم انه اذا وقع عقد الاجارة على عين كلية وتوافقا على تعينها فى فرد فتلف - هل يصدق التلف قبل القبض من حيث انفساخ الاجارة كما عن بعض - اومن حيث انفساخ الوفاء كما افاده صاحب الجواهر ام لايصدق ذلك وجهان الظاهر عدم الصدق لان الفرد التالف حيث لايكون شيئا فلامورد للانطباق فينكشف بالتلف فساد التعيين .

حكم منع الظالم من العين

٣- ولو منعه ظالم عن العين - فتارة يكون قبل القبض واخرى يكون بعده - فان كان قبله - فالظاهر هو الانفساخ وذلك من جهة كونه من قبيل التلف قبل القبض الثابت كونه فى البيع موجبا للانفساخ بالنص (١) والحقوا به الاجارة وذكروه ارسال المسلمات وذلك لان التلف وان كان ظاهرا فى القهرى كما قدمناه الا انه فى الفرض قهرى على المؤجر والمستاجر وان كان اختياريا للظالم - فهو نظير السرقة التى جعلها فى خبر (٢) عقبة بن خالد من قبيل التلف ومعه لايبقى مجال لدعوى ثبوت الخيار نظرا الى تعذر التسليم فان ذلك موجب لانفساخ العقد وانعدام موضوع الخيار - فدليله وارد على دليل الخيار - ولو كان ذلك بعد القبض - ففى المتن والشرايع صحت الاجارة

---

(١) المستدرك باب ٩ من ابواب الخيار حديث ١ - كتاب التجارة

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب الخيار حديث ١

و كان له الرجوع الى الظالم (واستدل له) بان المؤجر اقبض مورد الاجارة و خرج عن ضمانها فغصب الاجنبي العين المستأجرة كغصبه ساير امواله لا يوجب الضمان على احد غير الغاصب .

واورد عليه ـ بان المعتبر ـ في المقام اقباض المنفعة وهي تدريجية ـ فلا يكون قبضها دفعيا ـ بل قبض العين في كل زمان قبض لمنفعتها في ذلك الزمان ـ فغصب الظالم العين كمنع المؤجر عنها تلف او اتلاف قبل القبض للمنفعة الفائتة ـ والتلف قبل القبض موجب لانفساخ الاجارة او بطلانها على اختلاف المدركين (اقول) ما افيد يتم في منع المؤجر عنها كما قدمناه ولا يتم في المقام ـ وذلك لان القبض المعتبر لو سلمنا كونه عبارة عن تسليم العين خارجا ولا يكفي التخلية وتمكين المستاجر من قبضها واستيفاء المنفعة ـ فلا اشكال في ان ذلك في الابتداء والحدوث واما بقاء واستدامة فلا توقف في كفاية عدم الاسترداد وادامة استيلائه في صدقه . وعليه ـ ففي مورد منع المؤجر نفسه باسترداده العين يرتفع القبض بقاء ـ واما في مورد منع الظالم ـ فالقبض من المؤجر باق لانه لم يوجد ضد ادامة العين تحت يده ولا يجب عليه التحفظ على ما اقبضه بمنع الظالم للمستأجر ـ فالاظهر صحة الاجارة .

حكم انهدام المسكن

۴ ـ في حكم انهدام المسكن المستأجر ـ و نخبة القول فيه انه تارة تفوت بانهدامه المنفعة المقصودة منه بالكلية ولا يمكن اعادته ـ واخرى يمكن الاعادة ـ وعلى الثاني تارة تكون الاعادة ممكنة بسرعة بحيث لا يفوت شيء من المنفعة عرفاً واخرى يمكن الاعادة مع فوت مقدار من المنفعة ـ وعلى التقادير الاخيرة قد يعيده المؤجر ـ وقد لا يعيده (اما) مع عدم امكان الاعادة فهو من قبيل التلف قبل القبض في اثناء المدة وقد تقدم حكمه وانه يوجب بطلان الاجارة او انفساخها على اختلاف المسلكين ـ فان قيل ـ ان مورد عقد الاجارة هي عرصة الدار الباقية واما التركيب المقابل للانهدام فهو وصف للمعقود عليه فلا يكون الانهدام موجبا للانفساخ ـ قلنا ـ ان ذلك

خلاف متفاهم العرف فان المعقود عليه عندهم هو الدار بما هى دار (و اما) ـ مع امكان الاعادة بسرعة و اعادة المالك اياه فالظاهر انه لاخيار ولا انفساخ لعدم فوات المنفعة فى شىء من المدةعرفاً ـ فلا تلف ايضا ـ (و اما) مع امكان الاعادة لكنه بمرور زمان يعتدبه. فبالنسبة الى الزمان الذى لابد من مروره ينفسخ العقد بالنسبة الى منفعة المسكن فى ذلك الزمان وبالنسبة الى ما بعده لاينفسخ ـ والاشكال عليه بان الاجارة واحدة كيف تنفسخ بالنسبة الى بعض وتبقى بالنسبة الى آخر تقدم الجواب عنه وعرفت انها منحلة الى اجارات عديدة ـ وان كانت فى الصورة واحدة وللمستأجر الخيار لتبعض الملك والغرض المعاملى (واما) مع امكان الاعادة و اهمال المؤجر فالظاهر ان له الزامه باعادة البناء بملاك وجوب التسليم عليه. فان امتنع ثبت خيار الامتناع عن التسليم ،

ثم انه من المناسب البحث فى الاعذار العقلية والشرعية المانعة من استيفاء المنافع (فمنها) ما لو استأجره لقلع الضرس فزال الالم عقيب العقد. فالمشهور بينهم سقوط الاجرة ـ وهومتين ـ فانه بزوال الالم ينكشف بطلان الاجارة من الاول من جهة ان من شرائط صحة الاجارة على ما مر كون المنفعة مباحة و قلع الضرس بدون الالم حرام على المشهور ـ فالمنفعة فى ظرفها محرمة و ان كانت مباحة فى ظرف عقد الاجارة فتامل.

استيجار المرئة للارضاع

و منها ما اذا استأجر المرئة للارضاع و صادف مطالبة الزوج للاستمتاع ـ و قبل بيان حكمه لابد من التعرض لحكم هذا الاستيجار جواز اومنعاً فى نفسه ـ فنقول قد اضطربت كلمات القوم فيه و فى نظائره كاجارة الفحل للضراب والحمام للاستحمام و ما شاكل .

ومنشأ الاشكال فيها ان هذه الاعيان ـ اى اللبن فى المرضعة والشاة والماء فى الحمام وماشاكل ـ ان لم تكن مملوكة بعقد الاجارة فما المجوز للانتفاع بها وان كانت مملوكة

ـ فما المملك لها اذ المفروض انه ليس غير الاجارة و هى لاتقتضى الاملك المنفعة ولاتقتضى ملك الاعيان .

واجابوا عنه (تارة) بالاجماع على صحة الاجارة فى هذه الموارد (واخرى) بان المنفعة امر عرفى ربما تصدق على بعض الاعيان ويراه العرف منفعة لعين اخرى وان كان لو لوحظ مستقلا كان من الاعيان ـ نظير اللبن للمرئة والشاة والثمرة للشجرة والماء للحمام (وثالثة) كما افاده المحقق الاصفهانى بان العمل والمنفعة فى هذه الموارد على قسمين ـ احدهما ـ ان الاستيفاء يستتبع تلف العين كالاستحمام فى ماء الحمام بالدخول والخروج وكالارضاع او الرضاع بدخول اللبن فى معدة الصبى وكالضراب بدخول النطفة فى رحم الدابة ـ الثانى ـ ان الاستيفاء يستتبع وجود عين كالاستقاء من البئر وحلب الشاة واخراج لبنها واقتطاف الثمرة من الشجرة ـ اما القسم الاول ـ فما هو مناف لحقيقة الاجارة ملك العين لا اقتضائها تلف العين ضرورة ان استيفاء المنفعة يلازم غالبا تلف العين كما فى استيفاء المنفعة من الدار بسكناها ـ فانه يوجب تلف مقدار منها و استيفائها من الدابة ربما يوجب هزالها اوجرح ظهرها وهكذا وهذه اللوازم جائزة و مستحق عليها بنفس تشريع الاجارة واستحقاق استيفاء المنفعة ـ واما القسم الثانى ـ فيلتزم فيه بان ملكية هذه الاعيان انما هى بتبع ملكية المنافع ـ وهذا لامحذور فيه فان المحذور فى صيرورة هذه مملوكة بنفس عقد الاجارة ـ والا فكما ان البيع لنقل الاعيان ويستلزم تملكيك العين تمليك المنافع ولم يتوهم احد الاشكال فيه ـ كذلك فى المقام الاجارة لنقل المنافع ولكن ملكية المنافع ربما تستلزم ملكية الاعيان ولامحذور فى ذلك

ويمكن المناقشة فى الجميع ـ اما الاول ـ فلان الاجماع قائم على الصحة فى هذه الموارد لاعلى الصحة بعنوان الاجارة ولعلها من جهة انطباق عنوان آخر الذى سيمر عليك ـ وبه ـ يظهر حال مادل(١) من الكتاب والسنة(٢) على جواز اخذ الاجر

---

(١) الطلاق آية ٧

(٢) الوسائل باب ٧١ من ابواب احكام الاولاد ـ كتاب النكاح

على الارضاع لعدم ظهوره فى الاجارة. واما الثانى. فلان لازمه جواز تمليك تلك الاعيان ابتداء كما يجوز تمليك سكنى الدار ولا اظن ان يلتزم به احد. اللهم. الا ان يقال انها انما تعد منفعة اذا لوحظت لعين اخرى لا فيما اذا لوحظت مستقلة. واما الثالث. فلانه يرد على ما افيد فى القسم الاول ان تلف العين ان كان من لوازم الانتفاع واستيفاء المنفعة التى وقعت الاجارة عليها جاز. والا فلا يجوز. وفى الامثلة المشار اليها ـ انما يتلف الماء فى الحمام واللبن فى الارضاع والنطفة فى الضراب للانتفاع بنفس تلك الاشياء و استيفائها. فماء الحمام انما يتلف باستيفاء منفعة الماء لا منفعة الحمام و النطفة تتلف باستيفائها لا باستيفاء منفعة الفحل. و اللبن يتلف لا باستيفاء منفعة المرئة ـ فان التزم بكون هذه الاشياء بانفسها منافع فيعود ذلك الى الوجه الثانى ـ وان التزم بوقوع الاجارة عليها فمنافعها تملك بالاجارة فيرد عليه ما تقدم من ان اجارة ما يتلف باستيفاء المنفعة لا يجوز ويرد على ما افيد فى القسم الثانى ـ ان التبعية فى الملكية تحتاج الى دليل من بناء العقلاء او غيره ولا دليل على تبعية ملكية تلك الاعيان لملكية منافع الاعيان الاخر ـ اى ملكية الماء و اللبن و الثمرة لملكية منافع الشاة والبئر والشجرة ـ اضف اليه انه لا يتصور للشجرة منفعة تستتبع الثمرة ـ فان قابلية الشجرة للاثمار غير استيفائية والاقتطاف فعل المقتطف لا منفعة الشجرة ـ واضف الى جميع ما ذكرناه انه فى بعض تلك الموارد يكون بعض الشرائط الاخر للاجارة مفقودا مثلا فى الاستحمام يكون مدته ومقدار الماء الذى يتلف مجهولتين.

والحق ان الظاهر فى جملة من تلك الموارد كونها من قبيل الاباحة بالعوض ـ التى قد مر فى بعض المباحث السابقة من هذا الكتاب الدليل على مشروعيتها و لزومها و بينا انها بنفسها معاملة مستقلة و بالالتزام بذلك يندفع الاشكال فى كثير من الموارد كالاستحمام و ارضاع المرئة واقتطاف الثمرة من الشجرة بل فى جميع الموارد المتقدمة اليها الاشارة .

مطالبة الزوج بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة

اذا عرفت ذلك فيقع الكلام فيما لو استاجر المرئة للارضاع بناء على صحة الاجارة اوا وقع المعاملة عليها بالنحو المشروع ثم طالبها الزوج بالاستمتاع فانه يجب عليها التمكين وهو ينافى الارضاع الواجب عليها ـ ومحل الكلام صور ثلاث ـ الاولى ـ ان يبنى على جواز الارضاع بلااذن الزوج فى صورة عدم المنافاة لحق الاستمتاع الثابت عليها فى اوقاتها بنحو الكلى فى المعين ـ الثانية ـ ما اذا كان الزوج فى السفر اومريضا فاتفق عود الزوج و زوال المرض وطالبها بالاستمتاع فى الزمان المعين للاجارة ـ الثالثة ـ ما اذا آجرت نفسها للارضاع قبل النكاح ـ

اما الصورة الاولى ـ فان قلنا بان للزوج حق الاستمتاع فى جميع الاوقات بنحو الاستغراق ـ فلااشكال فى بطلان الاجارة المفروضة فان المرئة تكون ح نظير الاجير الخاص ولكن الظاهر انه ليس كك ـ وعليه فحيث لايمكن الالتزام بان الاستمتاع الذى يملكه الزوج انما هو الاستمتاع فى زمان معين لعدم المعين شرعا ـ ولا فى زمان مردد لان المردد من حيث هو مردد لاحقيقة له ولا تحقق فلايملك ـ ولا معلقا على اى وقت شاء الزوج لان هذا الحق ثابت شاء الزوج ام لم يشاء فلامحالة يكون بنحو الكلى فى المعين غاية الامر ان ولاية التعيين بيد الزوج فان كان الارضاع ايضا بنحو الكلى فى المعين وكانت ولاية التعيين بيد المرئة لااشكال فى انه لايجوز لها الارضاع مع مطالبة الزوج للاستمتاع ـ واما ان كان الارضاع الذى هو مورد للمعاملة الارضاع فى وقت خاص ـ فمن حيث صحة العقد لااشكال من جهة تمامية اركانه وشرائطه ـ حتى اباحة المنفعة اذ لو فرضنا ان يكون واجبا عليها الاجابة لما كان الارضاع محرما الا على القول باقتضاء الامر بالشىء للنهى عن ضده ـ وحتى القدرة على التسليم كما مر ـ فاذا صحت الاجارة وجب الوفاء بها ـ واذا وجب عليها الوفاء بالاجارة وقع التزاحم بين ذلك و بين مادل على وجوب الاجابة للزوج فتتخير بينهما ـ هذا هو حق القول فى المقام ولكن حيث ان المشهور بين الاصحاب بطلان الاجارة امامطلقا اوفيما ينافى فالاحوط ترك الاجارة فى

المنافى الا باذن الزوج .

واما الصورة الثانية - ففيها اقوال -١- انفساخ الاجارة لمصادفتها فى الواقع المانع فهى باطلة واقعا لعله المشهور بينهم -٢- بقاء الاجارة على صحتها ووجوب تقديم حق الزوج على حق المستأجر عليها وح تفسخ المرئة الاجارة اختاره صاحب الجواهر ره -٣- صحة الاجارة ووجوب تقديم حق الزوج مع ثبوت حق الفسخ للمستأجر لتعذر التسليم او لعدم التسليم خارجا -٤- صحة الاجارة وكونها مخيرة فى تقديم اى الحقين شائت (اما) صحة الاجارة فيظهر وجهها مما قدمناه فى الصورة السابقة. وكذ تخييرها بين تقديم حق الزوج او حق المستأجر - الا ان تقديم حق الزوج فى كلماتهم من المسلمات وكفى به مرجحا فى باب التزاحم (واما) ثبوت الخيار للمستأجر فالظاهر انه لا اشكال فيه ان قدم الزوجة حق الزوج لعدم تسليم حقه فمقتضى الشرط الضمنى ان له الخيار (واما) ثبوت الخيار للزوجة فلم يظهر لى وجهه اذ لا موجب له حتى من ناحية الضرر لعدم الضرر عليها فى بقاء الاجارة على حالها - ولذا ربما يقال ان عبارة الجواهر مصحفة - والعبارة الصحيحة - انه تنفسخ الاجارة - لا - انها تفسخ الاجارة.

واما الصورة الثالثة فلا اشكال فى عدم بطلان الاجارة - لان المرئة كانت مالكة لنفسها بالملكية المرسلة الابدية - قبل النكاح فآجرت نفسها وخرجت هذه المنفعة عن ملكها فبعد ما تزوجت تكون بدون هذه المنفعة متعلقة لحق الخروج - فالمرئة فى المقام كالدار التى استؤجرت ثم باعها من شخص ثالث وبعد ما تزوجت اذا طالبها الزوج للاستمتاع فى وقت معين - وكان ذلك الوقت مختصاً بالارضاع قدمت حق المستاجر بلا كلام اذ ليس للزوج طلب الاستمتاع فى ذلك الوقت لما مر - وان كان غير مختص به قدمت حق الزوج لانه بالمطالبة يجب عليها تعيينا الاجابة - والواجب بالاجارة موسع ومن الواضح ان الواجب الموسع لا يصلح للمزاحمة مع الواجب المضيق - فما هو المشهور بين الاصحاب من تقديم حق المستأجر هنا انما هو فى الفرض الاول لا الثانى - وان كان غير مختص به ولكن كان حق التعيين للمستاجر فعين للارضاع وقت مطالبة الزوج بالاستمتاع - فالظاهر هو التخيير لها فى تقديم ايهما شائت.

استيجار المرئة لكنس المسجد

ومنها- ما اذا استأجر المرئة لكنس المسجد مباشرة فى وقت خاص فحاضت المرئة فى تلك المدة (قالوا) انه يظهر من عروض الحيض بطلان الاجارة نظرا الى حرمة العمل فان الكنس حرام على المرئة فلايصح تمليكه بالاجارة(ولكن) يردعلى ذلك ان الكنس بعنوانه لايحرم بل ان توقف على اللبث فى المسجدحرمت مقدمته عليها فنفس ماوقع عليه الاجارة لايكون محرما كى تبطل الاجارة ولاتسرى الحرمة من مقدمته اليه(فان قيل) انه من جهة حرمة مقدمته لاتقدرهى على تسليمه فتبطل الاجارة اذلك(قلنا)انهقدتقدممرارا ان غير المقدورالشرعى لامحذور فى اجارته - مع- انه بنفسه ليس غير مقدورشرعاً بل مقدمته كك - فالاظهرصحة الاجارة واذا لو فعلت محرما و كنست المسجد استحقت الاجرة .

ثم انه على فرض الصحة تقع المزاحمة بين حرمة المقدمة ووجوب الكنس - عملا بدليل الاجارة- ولكن الظاهر تسالمهم على سقوط وجوب ذى المقدمة مع حرمة مقدمته مالم يحرز اهمية الوجوب و على اى حال الظاهرعدم الخلاف بينهم فى تقديم حرمة اللبث فى المقام .

ومنها- ما اذا استاجر الدابة للسفر الى الحج فحدث مانع عن السلوك -فتارة يكون المانع عاما - و اخرى يكون خاصا - فعلى الاول تبطل الاجارة لامتناع استيفاء هذه المنفعة فلا تكون مثل هذه المنفعة مالاعرفاكى تملك بعوض- وان كان خاصا فان كانت المنفعة المملوكة مقيدة بالمباشرة بطلت ايضاً لان المفروض ان هذه الحصة من المنفعة لايمكن استيفائها فلا يصح تمليكها بالاجارة وان لم تكن مقيدة بها صحت الاجارة ولاخيار لان له ان يؤجرها بالغير - فلا موجب للبطلان ولا للخيار

ومنها ما اذا استاجر دارا فى بلد- فعرض خوف يمنع عن السكنى فان كان عاما بطلت الاجارة لان هذه المنفعة المحفوفة بالمانع لامالية لها عند العرف فلايصح تمليكها بالاجارة- وان كان خاصا -صحت الاجارة حتى مع قيدية المباشرة لبقاء المالية الا اذا

كان الخوف موجبا لحرمة استيفاء المنفعة عليه. فان مورد الاجارة ح منفعة محرمة وقد اشترطنا اباحتها (وما) افاده المحقق الاصفهاني ره من ان حرمة استيفاء المنفعة عليه لعارض لادخل لها بحرمة المنفعة حتى مع قيدية المباشرة. فان غايته ان المملوك حصة ملازمة لحصة محرمة (غريب) فان حرمة المنفعة لامعنى لها الاحرمة استيفائها اذ الحرمة تتعلق بالفعل لا بالموجود الخارجي فمعنى اشتراط اباحة المنفعة اباحة استيفائها والمفروض في المورد حرمته - فالاظهر هو البطلان في هذه الصورة - نعم - مع عدم قيدية المباشرة. حرمة الاستيفاء عليه لا تلازم حرمة المنفعة بقول مطلق فلا مانع من صحة الاجارة ثم ان في المقام موارد اخر حيث انه يظهر الحكم فيها مما ذكرناه في هذه الموارد فلاحاجة الى ذكرها .

الاختلاف في الاجارة

الثامنة في الاختلاف في الاجارة وفيه فروع -١- لو اختلفا في انه آجره داره اوغيرها الى مدة كذا او اعاره اياها - فتارة يكون مدعى الاجارة هو المالك وغرضه الزامه بالاجرة - و اخرى يكون المدعى لها هو القابض وغرضه منع المالك من تملك الاسترداد الى آخر المدة اوغير ذلك. وعلى الاول اما ان يكون النزاع في اثناء استيفاء المنفعة اوقبل استيفائه شيئا منها او بعد انقضائها - فان كان المدعى هو المالك وكان قبل الاستيفاء -- فلا اشكال في ان القول قول منكر الاجارة مع عدم بينة المدعى بيمينه- وان كان النزاع بعد الاستيفاء اوفي اثناء ذلك -- فعن جماعة ان القول قول المنكر وهو ظاهر المتن - وعن المشهور ان القول قول المالك - وعن بعضهم التحالف وعن الشيخ استعمال القرعة في تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه.

واستدل في ملحقات العروة للاول اذا كان محط الدعوى استحقاق الاجرة وعدمه اوكان الغرض منها ذلك وان كان مصب الدعوى ان الواقع اى العقدين- باصالة عدم الاجارة - قال - ولا يعارضها اصالة عدم الاعارة لانها لاتثبت الضمان الا بضميمة العلم الاجمالي بخلاف اصالة عدم الاجارة فانها موجبة لعدم الضمان بنفسها - وفيه - انه

في تعارض الاصول في اطراف العلم الاجمالي وتساقطهما لايعتبر سوى ترتب الاثر على كل من الاصلين كان الاثر غرضه ام لم يكن فاذا فرضنا ترتب الاثر على اصالة عدم الاعارة على مايعترف به فيما لوكان الغرض في تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية تعارض اصالة عدم الاجارة مع اصالة عدم الاعارة وتتساقطان .

فالحق ان يستدل له باصالة البرائة عن الضمان فالقول قول منكر الضمان.

واستدل المشهور - تارة - بان مقتضى قاعدتي اليد (١) والاتلاف (٢) هو الضمان فان المستفاد منهما كون الاصل هو الضمان في الاموال التالفة عند غير مالكها اعم من الاعيان والمنافع - واخرى - بقاعدة الاحترام الثابتة بالاخبار (٣) - وثالثة - بموثق (٤) اسحاق عن ابي الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الاخر انما كانت لي عليك قرضا فقال عليه السلام المال لازم له الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة - بتقريب انه من المعلوم كون تقديم قول مدعي القرض لاجل احترام مال المسلم وهذه العلة موجودة في المقام (ولكن) يرد على الاول - اولا - ان المتنازعين متوافقان على عدم ثبوت اجرة المثل التي هي مفاد القاعدتين - اما القابض فلا دعائه العارية - واما المالك فلانه يدعي ثبوت الاجرة المسماة - وثانيا - انه لو سلم كون مفادهما الضمان اعم من المسمى او المثل - حيث انه لاريب في ان ذلك خصص بما اذا لم يكن عارية - فمع الشك فيها يشك في صدق المخصص - فالتمسك بالقاعدتين تمسك بالعام في الشبهة المصداقية وهو لايجوز - وبذلك يظهر ما في الوجه الثاني مع ان في كونها مثبتة للضمان كلاما تقدم في كتاب البيع - واما الوجه الثالث - فيرد عليه ان العلة

---

(١) سنن بيهقي ج٦ ص٩٠ - كنز العمال ج٥ ص٢٥٧

(٢) المصطادة من الاخبار الواردة في الموارد الخاصة

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلي - و باب ٣ من ابواب القصاص في النفس حديث ٣ وباب ٤٠ من ابواب كتاب الشهادات

(٤) الوسائل باب ٧ - من ابواب الوديعة حديث ١

المذكورة ليست منصوصة بل هى مستنبطة ظنية ـ والظن لا يغنى من الحق شيئا ـ مع ـ ان فى مورد الخبر النزاع فى عوض المثل ـ و فى المقام فى العوض المسمى فقياس المقام عليه مع الفارق ـ وبما ذكرناه يظهر مدرك القول الثالث ـ وهو تعارض الاصلين ـ فالمتبع هو التحالف ـ وقد اختاره السيد فيما لو كان الغرض تشخيص الواقع بملاحظة خصوصية ـ وهو يتم اذا لم تكن تلك الخصوصية مورد الاصل العدم ـ و اما الرابع فلعل وجهه مادل (١) على لزوم القرعة لتعيين المنكر فيما اذا لم يتميز المدعى عن المنكر ـ ويرده مضافا الى مامر من التمييز فى المقام ـ ما سياتى فى كتاب القضاء من اختصاصه بموارد خاصة (فالاظهر) هو القول الاول ـ هذا كله بالنسبة الى الضمان وعدمه ـ واما بالنسبة الى جواز استيفائه المنفعة ـ فالظاهر جوازه ما لم يسترده المالك لتوافقهما عليه ـ وان استرد فالمالك يعترف بانه ليس له ذلك اذا بذل القابض العوض ـ والقابض يعترف بثبوته له ـ فليس للمالك الاسترداد لاقراره كما ليس للقابض الانتفاع بمقتضى اقراره ـ الا ان للمالك التصرف فيه واستيفاء منفعته ان لم يبذل القابض العوض مقاصة ـ و للقابض ذلك مع بذله بهذا العنوان ايضاً

واما على الثانى وهو ما لو كان مدعى الاجارة هو القابض فيدعى ما لكيته للمنفعة ومدعى العارية المالك ـ فالظاهر تقديم قول المالك ـ لا ـ لاصالة عدم الاجارة لما مر من تعارضها مع اصالة عدم العارية ـ بل لاصالة بقائها فى ملكه وعدم انتقالها الى القابض نعم اذا كانت العين بيد القابض لا يبعد دعوى كون يده عليها الموجب لكون المنفعة تحت استيلائه ويده امارة الملكية واليد تقدم على الاصل فالقول قوله ح ـ

اختلاف المؤجر والمستأجر فى مقدار الاجرة

٢ ـ اذا اختلفا فى مقدار الاجرة ـ كما لو ادعى المؤجر انها عشرة ـ و قال المستأجر ان الاجرة خمسة فمع عدم البينة لاحدهما ـ فيه أقوال ـ احدها ـ ما فى المتن قال ـ **(وقول المستاجر فى قدر الاجرة)** وهو المشهور بين الاصحاب ـ ثانيها ـ ما

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

اختاره صاحب الجواهر ره وهو ان القول قول المستأجر لو كان مصب الدعوى الزيادة والنقصان - والتحالف اذا كان مصب الدعوى ان العقد وقع على الخمسة او العشرة - ثالثها - ما عن الشيخ فى المبسوط وهو التحالف مطلقا ثم الرجوع الى اجرة المثل -رابعها- ما للشيخ ايضا وتبعه فى المستند و هو الرجوع الى القرعة - خامسها - ماله ايضا- وهو التفصيل بين النزاع قبل انقضاء الاجل فالتحالف او بعده فالقرعة او تقديم قول المستأجر مترددا بينهما.

والاظهر هو الاول لان وقوع العقد على الاقل معلوم امـا فى ضمن الاكثر او مستقلا - و وقوعه على الزايد مشكوك فيه يجرى فيه الاصل -ودعوى- انه يعارضه اصالة عدم وقوع العقد على الاقل بخصوصه مندفعة- بان هذا الاصل لعدم ترتب الاثر عليه لايجرى -مع- انه مع الاغماض عن ذلك يمكن ان يقال ان مصب الدعوى كان هو العقد وانه وقع على الخمسة او العشرة -ام كان هو استحقاق الزيادة- يجرى اصالة عدم الزيادة وعدم وقوع العقد على العشرة - اما الاولى فواضحة - واما الثانية فلانه بها ينفى استحقاق الزيادة ولا يعارضها اصالة عدم وقوع العقد على الخمسة لانه لايثبت بها استحقاق الزيادة فان ذلك من آثار وقوع العقد على العشرة لاعدم الوقوع على الخمسة- فقول المستأجر موافق للاصل مطلقا.

ثم ان الحكم بالتحالف فى الموارد التى يكون كل من الطرفين مدعيـاً و منكرا -لم يظهر لنا وجهه وسياتى الكلام فيه فى كتاب القضاء واجمال ما يخطر بالبال ان مادل (١) على ان الحلف على المدعى عليه مختص بما اذا كان كك محضا على ما يظهر من المقابلة بينه وبين ثبوت البينة على المدعى.

ثم على تقدير القول بالتحالف لاوجه للرجوع بعده الى اجرة المثل -فان حلف كل منهما ينفى ظاهرا ما يدعيه الاخر من وقوع العقد على الاجرة الخاصة ولاينفى وقوع العقد على الاجرة المسماة - المعلوم الذى هو مورد توافقهما- بل لابدو ان يقال بعد التحالف ان انتقال المنفعة الى المستأجر معلوم واشتغال ذمته باجرة معينة

---

(١) الوسائل باب ٣ -من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

ايضاً معلوم وهو مردد بين الاقل والاكثر فيقدم قول مدعى الاقل بيمينه لان الاشتغال به معلوم و الزايد مشكوك فيه يرتفع بالاصل كما لو علما بوقوع العقد على احد الوجهين بلانزاع بينهما - لجهلهما معا بالتعيين.وبعبارة اخرى - ان الاصل الجارى فی العقد من قبيل الاصل الجارى فی السبب - وما يجرى فی اشتغال الذمة من قبيل الاصل الجارى فی المسبب ومعلوم انه مع عدم جريان الاصل فی السبب يجرى فی المسبب (فان قيل) ان حلف كل منهما ينفی احدى الخصوصيتين فبحلفهما تنفيان معا وحيث ان عدم خصوصية اخرى معلوم - فيحكم فی ظاهر الشرع بعدم وقوع عقد بينهما فالمتبع ما يدل على ثبوت اجرة المثل (قلنا) ان الحلف انما ينفی مالم يعلم ثبوته - و وقوع العقد على احدى الاجرتين معلوم فلاينفيه الحلف - وان شئت قلت المحلوف عليه ليس عدم وقوع العقد بل عدم تعلقه بخصوصية خاصة - فلاوجه للحكم بعدمه بالحلف (و) بما ذكرناه يظهر حكم مالوا ختلفا فی **(التفريط)** فانه يقدم قول المستاجر المدعی لعدمه.

٣ - اذا قال آجرتك نصف الدار بعشرة دراهم - وقال الاخر بل آجرتنی تمام الدار بعشرة فهو عكس الفرع السابق اذ المؤجر هنا يدعى الاقل و المستاجر يدعى الاكثر فينعكس الحكم و يجرى على كل منهما عكس ما جرى عليه فی الفرع المتقدم.

٤ - لوتعدى بالعين المستأجرة فتلفت او تعيبت لااشكال فی ان المستأجر ضامن (و) لواختلفا فی **(قيمة العين)** فعن الحلی و اكثر المتأخرين بل عامتهم ان القول قول الغارم مع يمينه.واستدل له باصالة عدم الزيادة.وبانه منكر فيكون القول قوله.ولا يخفی رجوع الوجهين الی وجه واحد.انما الاشكال فی انه فی ذيل صحيح(١) ابی ولاد المتقدم مايدل على ان القول قول المالك وان وظيفته الحلف الا ان يرد الحلف على القابض

---

(٣)الوسائل باب١٧- من كتاب الاجارة حديث -١

-قال- قلت فمن يعرف ذلك قال عليه السلام انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك الحديث -وقد عمل به الشيخ قده فى محكى النهاية والمفيد فى محكى المقنعة ونسبه المصنف ره الى الاكثر وانما لم يعمل به جماعة بل فى الرياض عامة المتاخرين من جهة مخالفته لموازين باب القضاء فان المالك يدعى الزيادة فقوله مخالف للاصل فيكون هو مدعيا ووظيفته اقامة البينة والقابض منكر او وظيفته الحلف اورد الحلف وقد حكم فى الخبر بانه يحلف صاحب المال او يرد الحلف على الغاصب المتعدى ثم انه على فرض كونه منكرا فما معنى جعل اقامة البينة وظيفته مع ان البينة على المدعى - واجيب عن ذلك باجوبة .

والحق- ان يقال ان الصحيح يحمل على التعبد ويخصص به القاعدة العامة - و لعل السر فى ذلك ان المفروض فى مورد الخبر غصب البغل -ومن شؤن اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله ما لم يرد الحلف عليه وان لا يطلب منه بشيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك - وعلى ذلك فالاظهر ان القول قول المالك مع يمينه .

٥- لو اختلفا فى ان العين المستأجرة بعد انقضاء الاجل هل ردت الى المالك ام لا - فلا اشكال ولا خلاف فى ان القول قول المالك فى عدم **(رد العين)** لانه منكر للرد والاصل عدمه- كما انه قد مر انهما لو اختلفا فى **(قدر المستاجر)** القول قول المالك لاحظ ما ذكرناه فى الفرع الرابع .

كل موضع يبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل

التاسعة- **(وكل موضع يبطل فيه الاجارة يثبت فيه اجرة المثل)** سواء زادت عن المسماة او نقصت عنها بلا خلاف فيه وفى الجواهر بل قد يظهر من ارسالهم ذلك ارسال المسلمات انه من القطعيات -والحق ان يقال- انه تارة يستوفى المنفعة- و اخرى لا يستوفاها ولكن تتلف تحت يده - وثالثة- لا يكون مستوفياً ولا المنفعة

تالفة تحت يده.

اما الصورة الاولى - فالظاهر ضمان المستوفى للمنافع (١) لعموم على اليد ما اخذت . واورد على التمسك به اضمان المنافع بايرادين (احدهما) ما افاده الشيخ الاعظم قده وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع (وفيه) انه ليس المراد بالاخذ الاخذ بالجارحة الخاصة والالازم عدم شمول الخبر لجملة من الاعيان كالدار والعقار وماشاكل بل الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء - والاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع ايضاً اذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين اذ المنفعة هي ما في العين من القابلية كقابلية الدابة للركوب و الدار للسكنى و هذه القابلية من مراتب و جود العين و الاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها و مراتب وجودها و منها القابلية للانتفاع (ثانيهما) ما افاده المحقق الاصفهاني ره و هو عدم صدق التادية في المنافع فان ظاهر قوله حتى تؤدى كون عهدة الماخوذ مغياة باداء نفس المأخوذ و المنافع لتدرجها في الوجود لااداء لها بعد اخذها في حدذاتها (وفيه) ان الغاية في الخبر ليست اداء شخص ما اخذ والابقى الضمان في صورة التلف واداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص بل المراد به اعم من اداء الشخص واداء العوض - غاية الامر يكون بنحو الطولية والمنافع وان لم يمكن ردها الا انه يمكن رد عوضها .

و للرواية (٢) الشريفة الواردة في الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشترى الدالة على انه ياخذ الرجل ولده بالقيمة فان الخبر يدل على ضمان المنفعة المستوفاة و مورده و ان كان هو البيع - الا ان ثبوت ضمان المنفعة في البيع الفاسد الذى لاضمان في صحيحه للمنفعة مستلزم لضمانها في الاجارة الفاسدة بالاولوية .

---

(١) سنن بيهقى ج٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج٥ ص٢٥٧

(٢) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣

واصحيحة(١) ابي ولاد المتقدمة ارى لك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل وذاهبا من النيل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه الحديث.

ولقاعدة من اتلف المستفادة من النصوص الواردة فى موارد خاصة و جملة منها موارد العقود الاستيمانية كالوكالة والمضاربة والرهن وغيرها فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى والتفريط و جملة منها في غيرها مثل ماورد (٢) فى القصار يخرق الثوب من قوله عليه السلام فهو ضامن بما جنت به يده وغيره.

واما الصورة الثانية وهى عدم استيفاء المنفعة وفوتها تحت يده - فالظاهر هو ثبوت الضمان - لحديث على اليد - بالتقريب المتقدم - ولقاعدة الاتلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا (وعن) المحقق الخراساني ره الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها - فالدليل على ضمان العين دليل على ضمان منافعها (وفيه) اولا ماعرفت من ان الاظهر عدم ضمان العين فى المقام - وثانيا - انه ان اراد بذلك انه يصدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء و اليد على العين فهو يرجع الى ما ذكرناه من التمسك بحديث اليد - وان اراد به ما ذكره بعض المحققين من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لايكون الا بادائها بمنافعها وفروعها - فيرد عليه انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لما كان يجدى شمول الحديث للعين فى ضمانها فان الغاية اداء نفس مايكون تحت اليد لاشيء آخر - و ان اراد به غير ذلك فعليه البيان (و يشهد) للضمان فى الصورتين - قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده - فان المنافع تضمن فى الاجارة الصحيحة فتضمن فى فاسدها ايضا.

واما الصورة الثالثة فعدم الضمان فيها ظاهر (ثم ان) الشهيد قده استثنى من ذلك ما لوكان الفساد باشتراط عدم الاجرة فى العقد اوعدم ذكرها فيه لدخول العامل على ذلك (وفى) محكى جامع المقاصد قال بعد ماحكاه انه صحيح فى العمل اما مثل سكنى الدار التى يستوفيها المستأجر بنفسه فان اشتراط عدم العوض انما كان فى العقد

---

(١) الوسائل - باب ١٧ من كتاب الاجارة حديث - ١

(٢) الوسائل باب ٢٩ - من ابواب الاجارة

الفاسد الذى لااثر لما تضمنه من التراضى فحقه وجوب اجرة المثل ومثله مالو باعه على انه لاثمن له واما لوكان مورد الاجارة منفعة الاجير فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهر لانه متبرع بالعمل وهو المباشر لاتلاف المنفعة (ووجه) فى المسالك عدم الضمان فى المنفعة ايضاً بانه يرجع فى مثل ذلك الى العارية وان عبر عنها بلفظ الاجارة لان التصريح بعدم الاجرة اقوى من الظهور المستفاد من لفظ الاجارة والنص مقدم على الظاهر فيحكم بانه عارية اذ هى لا تنحصر فى لفظ بل يكفى فيها كل مادل على التبرع بالمنفعة (واستدل) لعدم الضمان فيها فى الجواهر بقاعدة مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده بناء على ارادة اشخاص العقود منها لااصنافها اذ لاريب فى عدم الضمان فى المقام لو فرض صحة العقد المزبور فكذا لايضمن به على الفساد للقاعدة المزبورة .

اقول يرد على ما افاده فى الجواهر -اولا- ان عموم العقود فى القاعدة ليس افراديــا لان ظاهر قولهم لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده وجود الفردين فيما هو الموضوع لهذا الحكم ولو حمل العام على الافراد تعين حمل الصحيح فيها على الفرض والتقدير فيقال ان هذه الاجارة الفاسدة لو كانت صحيحة كان يضمن بها فكك فى هذا الفرض وهو خلاف الظاهر- وثانيا- ان القاعدة وعكسها - انما هما فى صورة التلف ولا تشملان صورة الاتلاف-واما ما افاده الشهيد الثانى ره فيرد عليه ان عقد العارية الذى هو موضوع لاحكام خاصة-يعتبر فى انشائه مايعتبر فى ساير العقود-فكما انه فى غيره لايصح انشاء عقد بما وضع لعقد آخر فكك فى المقام (ولكن) يمكن ان ينتصر لما افاده الشهيد ره و به يظهر ما فى جامع المقاصد- بوجهين-احدهما-ان ضمان المنافع لو كان فانما هو لقاعدة اليد-اولقاعدة الاتلاف -اولقاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده بتقريب ان فى صحيح الاجارة ضمانا بالنسبة الى المنافع فكذا فى فاسدها- او للخبرين المتقدمين وشىء من تلكم لايشمل المقام-اما الاولان -فلانصراف حديث اليد -وكذا- من اتلف عن اليد المستندة الى التسليط المجانى والاتلاف المبنى عليه-ولعل وجهه-ان القاعدتين انما تكونان من القواعد العقلائية الممضاة شرعا لامن التعبدية الصرفة وهى انما تكون

لاجل احترام المال ولاريب فى سقوط الاحترام بتسليط المالك غيره مجانا - و اما القاعدة الثالثة فمدركها اما الاجماع - او اقدام الاخذ على الضمان او قاعدة اليد - اما الاجماع فغير ثابت فى المقام اما الاقدام - فالمفروض عدمه - واما قاعدة اليد فقد عرفت حالها - واما الخبران فهما مختصان بصورة الشراء والاجارة مع العوض (فالمتحصل) ان ما افاده الشهيد ره متين - نعم - لابد وان يقيد ذلك بما اذاكان التسليط المشار اليه باقياً الى حين التلف اوالاتلاف فلو آجر داره بلاعوض واعتقد صحتها ولم يكن راضيا ببقائها تحت يده ولا يستردها لاعتقاد لزومها لا اشكال فى الضمان فى صورة التلف والاتلاف لعموم قاعدتى اليد والاتلاف وعدم المخصص.

اجارة المشاع

التاسعة (**ويصح اجارة المشاع**) مطلقا استأجره من شريكه اوغيره وهو موضع وفاق كما فى المسالك ويشهد به عمومات الكتاب والسنة اعم مما دل على امضاء العقود او خصوص الاجارة وعدم القسمة لايكون مانعاً بعد امكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك - نعم - لايسلم العين الا باذنه و لو ابى رفع امره الى الحاكم - ولو استاجره بظن كونه مقسوماً فتبين الاشاعة كان للمستأجر الخيار نظير خيار تبعض الصفقة - وعلى الجملة - لايعتبر فى صحة الاجارة وراء الامور التى قدمناها شيء و لوشك فيه ينفى بالاطلاقات والاصل - و لذا اشتهر بينهم ان كلما صح اعارته شرعا من الاعيان المنتفع بها مع بقائها يصح اجارته بل صرح بعدم الخلاف فى هذه الكلية غير واحد - وفى الجواهر الاجماع عليها - ومدركها الاطلاقات والعمومات.

وحيث انه قدمر فى تعريف الاجارة انها لنقل المنافع - والبيع لنقل الاعيان وانه لايصح استعمال احدهما فى مورد الاخر - فلايصح اجارة ما لا يبقى بالانتفاع به - فانه ليس انتفاعاً بالعين بل هو اتلاف لها - و لذلك اتفقت كلماتهم على ان كل مالا يصح اعارته - وهو كل مالا يلازم الانتفاع به اتلافه - لايصح اجارته - وان شئت قلت ان ما لايبقى بالانتفاع به ان آجره وقصد بالاجارة نقله بنفسه فهو بيع لااجارة - والا - فلا

يجوز اتلافه - فلامنفعة لى كى يملكها المؤجر فلايصح اجارته- ولو تكلف فى صدق مفهوم الاجارة لاريب فى انصراف الادلة عنه وهو واضح لاسترة عليه.

الصناع ضامنون لما جنته ايديهم

العاشرة **(ويضمن الصانع ما يجنيه وان كان حاذقا كالقصار يخرق الثوب)** أو يتلفه و يحرقه او الحجام يجنى فى حجامته او الختان يختن فيسبق موساه الى الحشفة او يتجاوز زحد الختان وكذا الكحال والبيطار مثل ان يحيف على الحافر او يفصد فيقتل او يجنى ما يضر بالدابة ولو احتاط واجتهد من غير فرق بين كون العمل فى ملكه اوملك المستاجر و بين حضور رب المال او غيبته - بلاخلاف اجده فى شيء من ذلك بين المتقدمين و المتاخرين منا كذا فى الجواهر- و فى المسالك اما الضمان فيما يتلف بيده فهو موضع وفاق ولافرق فى ذلك بين الحاذق وغيره ولابين المختص والمشترك ولابين المفرط و غيره- وتنقيح القول فى المقام انه يقع الكلام تارة فيما لو افسده واخرى فيما لو تلف فى يد الصانع لابسببه من غير تفريط ولاتعد

اما المورد الاول فتارة يبحث فيما يقتضيه القواعد - و اخرى فيما يقتضيه النصوص الخاصة.

اما مقتضى القاعدة فهو الضمان مع كون الخطاء من الصانع و سبق يده- وعدمه مع كون المحل غير قابل كما لوكان الطفل ضعيف المزاج و غير محتمل للجرح- والثوب عتيقا ينخرق بالقصارة (اما) الضمان فى الاول فلعموم من اتلف الشامل للاتلاف عن قصد وعن غير قصد اليه لعدم كونه من العناوين القصدية الصادق على مالو اوجد المتلف الجزء الاخير من العلة التامة ولوكان شرطاً من شروطه بل ومعدا من معداته- كما لو القاه فى النار المتولد منه الاحراق فان الملقى لم يصدر منه فعل سوى ايجاد الشرط و هى الملاقاة للنار ويصدق عليه المتلف وعلى ما لوكان ذلك بغير اختياره كالنائم يكسر كوز الغير- و الحمال يعثر فينكسر حمله- فانه بعثرته عن غير اختيار كسر الحمل بغير اختيار منه (واما) عدم الضمان فى الثانى- فليس من جهة عدم صدق

الاتلاف كما توهم بل هو صادق قطعا ـ بل من جهة ان الاتلاف المفروض من حيث كونه من لوازم العمل الذى استؤجر عليه يكون مأذوناً فيه بالاذن فى ضمن الاجارة وبعبارة اخرى ان استيجار الخياط لقصارة الثوب العتيق الذى يخرق بالقصارة عادة اذن له فى الخرق والاتلاف عن اذن لا يوجب الضمان (واما) الطبيب فان لم يكن مباشرا لا يكون ضامنا لانه ليس بمتلف ـ و ان كان مباشرا فحيث انه مأمور من قبل الشارع الاقدس بمعالجة المريض بما يراه علاجا لا بما هو علاج واقعا والا لانسدباب الطبابة فاذن المريض او وليه فى العلاج اذن فى الاتلاف فلا ضمان عليه.

واما الثانى و هو ما يستفاد من النصوص ـ وهى كثيرة ـ كصحيح (١) الحلبى اوحسنه عن الصادق عليه السلام عن القصار يفسد فقال عليه السلام كل اجير يعطى الاجرة على ان يصلح فيفسد فهو ضامن ـ ونحوه فى التضمن للكبرى الكلية نصوص اخر ـ وخبر (٢) ابى الصباح عنه عليه السلام الثوب ادفعه الى القصار فيخرقه قال عليه السلام اغرمــه فانك انما دفعته اليه ليصلحه ولم تدفعه اليه ليفسده ـ ومثله فى التضمن للعلة اخبار اخر ـ وقوى (٣) السكونى عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان علياً عليه السلام ضمن ختانا قطع حشفة غلام. ومثله فى التضمين فى مورد خاص بعض اخبار اخر ـ وقويه (٤) الاخر عنه عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام من تطبب او تبيطر فلياخذ البرائة من وليه والا فهو له ضامن ـ و صحيح (٥) داود بن سرحان عنه عليه السلام فى رجل حمل متاعا على رأسه فاصاب انسانا فمات وانكسر منه فقال عليه السلام هو ضامن ـ وخبر (٦) زيد بن على عنه عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى حديث كل عامل مشترك اذا افسد فهو ضامن ـ وفى المقام اخبار كثيرة اخر دالة على الضمان سياتى طرف منها فى المورد الثانى (فالظاهر) موافقته لما قدمناه ـ اما النصوص المتضمنة

(١-٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ١-٨

(٣-٤) الوسائل باب ٢٤ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١

(٥) الوسائل باب ١٠ من ابواب موجبات الضمان ـ من كتاب الديات حديث ٢-١

(٦) الوسائل باب ٣٠ من ابواب الاجارة حديث ١٣

للكبرى و التعليل فلانها تدل على الضمان فى مورد قابل للاصلاح والافساد - وما لايصلح للاصلاح يكون خارجا عن تحتها - واما خبر زيد و ما بمضمونه من النصوص المطلقة الاتية فهى يقيد اطلاقها لو لم تكن منصرفة الى صورة القابلية للاصلاح والافساد معا بمفهوم التعليل فى النصوص المتقدمة «ولم تدفعه اليه ليفسد» فانه يدل على انه لوكان الدفع متمحضا بكونه للافساد فلاضمان- واما قوى السكونى الاول وما بمضمونه من الاخبار الواردة فى الموارد الخاصة فهى دالة على الضمان مع الاتلاف فى مورد خطاء الصانع و سبق يده وما شاكل - واما صحيح داود فعلى فرض كونه مما نحن فيه بعود الضمير المجرور الى المتاع يدل على ما ذكرناه فى الحمال من شمول قاعدة الاتلاف لما اذا كان بغير اختيار- واما خبر السكونى الثانى فالظاهر ان المراد باخذ البرائة من وليه ليس البرائة عن الضمان- والاشكل بانه لامعنى لها قبل حدوث موجبه والاذن فى الاتلاف نفسه اوطرفه غير جائز بل المراد منها الاذن فى العلاج على نحو لاضمان معه وعلى ذلك فالنصوص موافقة للقاعدة (نعم) مقتضى اطلاق خبر السكونى ثبوت الضمان على الطبيب فى صورة عدم الاذن و لوكانت الطبابة على النحو المتعارف و هو كونها بنحو الامر و توصيف الدواء ولم يكن الطبيب مباشرا .

عدم ضمان المتاع التالف تحت يد الاجير

واما المورد الثانى - وهو ما لو تلف المتاع تحت يد الاجير لا بسببه من غير تعد ولاتفريط - فالمشهور بين الاصحاب عدم الضمان بل الظاهر انه لاخلاف فيه وما نقله الشهيد الثانى بقوله وقيل انه كك فى الضمان بل ادعى عليه المرتضى الاجماع - خطاء فى النقل - فان الظاهر ان خلاف المرتضى واجماعه انما هو فى تصديق دعواه التلف وهو غير مربوط بما نحن فيه من معلوم التلف فى يده بغير تعد ولاتفريط - وكيف كان فمقتضى القاعدة عدم الضمان لكونه امينا سلطه المالك على ماله وقدمر عدم الضمان فى امثال ذلك .

واما الاخبار الخاصة - فطائفة منها مطلقة دالة على ضمان الصائغ اتلف المال او تلف تحت يده كصحيح (١) الحلبى اوحسنه عن ابى عبدالله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار و الصائغ احتياطا على الناس و كان ابى عليه السلام يتطول عليه اذا كان مامونا - و خبر (٢) يونس عن الرضا عليه السلام عن القصار و الصائغ أيضمنون قال عليه السلام لايصلح الا ان يضمنوا و خبر (٣) السكونى عن الصادق عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يضمن الصباغ والقصار والصائغ احتياطا على امتعة الناس - وطائفة ثانية منها تدل على عدم الضمان كك كصحيح (٤) معاوية بن عمار عن ابى عبدالله عليه السلام عن الصباغ والقصار فقال عليه السلام ليس يضمنان - وطائفة ثالثة منها تدل على الضمان مع الاتلاف وعدمه مع التلف كخبر (٥) بكر بن حبيب عنه عليه السلام لايضمن القصار الا ماجنت يده وان اتهمته احلفته - وطائفة رابعة تدل على التضمين مع التهمة وعدمه مع عدمها وهى كثيرة كصحيح (٦) ابى بصير عنه عليه السلام لايضمن الصانع ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين الحديث - و نحوه غيره - والمستفاد من هذه النصوص بعد رد بعضها الى بعض انه فى صورة الاتلاف يثبت الضمان - وفى صورة التلف لاضمان مع كونه امينا - وكذا لوكان متهما فاثبت التلف بالبينة او الحلف - واما لو كان متهما ولم يثبت التلف فهو ضامن - وهذا كله على وفق القاعدة سوى عدم قبول دعوى التلف من الامين - والاصل الذى اسسه امير المؤمنين عليه السلام فى هذا الباب هو ذلك لاالضمان فى صورة التلف - ولذا قال فى ذيل خبر السكونى المتضمن لذلك الاصل - وكان عليه السلام لايضمن من الغرق و الحرق و الشيء الغالب - ولامانع من العمل بهذه الاخبار على خلاف القاعدة فلايقبل قول الامين فى دعوى التلف مع كونه متهما (ثم ان) وظيفة مدعى التلف بحسب موازين باب القضاء هواقامة البينة - ولكن المستفاد من هذه النصوص جواز تحليفه والاكتفاء بحلفه عن البينة ففى خبر بكر المتقدم وان اتهمته احلفته - وفى خبره الاخر ان اتهمته فاستحلفه - وفى صحيح ابى بصير المتقدم لايضمن الصايغ ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيخوف بالبينة والتحليف لعله يستخرج

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٤-٩-٦-١٤-١٧-١١

منه شيئا - فان ظاهره جواز كل من مطالبة البينة والاستحلاف .

عدم ضمان صاحب الحمام

ثم ان في المقام فرعين مناسبين - احدهما - قالوا صاحب الحمام لايضمن الثياب الا اذا اودع وفرط اوتعدى . والظاهر انه لاخلاف فيه - ويشهدله خبر (١) اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان يقول لاضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام ولم ياخذعلى الثياب . ونحوه خبر(٢) ابي البختري وخبر(٣) غياث بن ابراهيم عن ابي عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اتى بصاحب الحمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه و قال عليه السلام انما هوامين (واورد) على هذه النصوص بان مقتضى الخبر الاخير كون صاحب الحمام امينا دائما . وجعل ذلك علة لعدم الضمان - وعلل ذلك في الخبرين الاولين بانه لم يأخذ الجعل على الثياب مع ان آخذ الجعل ايضا امين لايضمن بدون التفريط (وفيه) ان الامين قسمان - امين عام وامين خاص اذ التامين تارة عقدي وهي الوديعة واخرى غير عقدي وهي الامانة بالمعنى الاعم وهو مجرد تسليط الغير على المال عن رضاه . وفي الاول يجب الحفظ فلو تركه وتلف فقد فرط فيكون ضامنا وفي الثاني لايجب الحفظ اذ مع عدم الاستيداع من المالك الراجع الى الاستنابة في الحفظ لادليل على وجوب حفظ مال الغير فبتركه لا يكون مفرطا فلاضمان وعليه فالخبران الاولان يدلان على ان صاحب الحمام لم ياخذ الجعل على الثياب فلايكون الحفظ واجبا عليه فلو ترك الحفظ وتلفت الثياب لاتفريط فلاضمان عليه - والخبر الاخير يدل على انه امين والامين كان عاما اوخاصا لاضمان عليه وبذلك يظهر انه لواستؤجر مع ذلك على الحفظ فتلفت الثياب بتركه التحفظ ضمن وهل يصح شرط الضمان بدون الاستيجار فيضمن مع التلف املا وجهان تقدما وعرفت ان الاظهر ذلك .

الثاني في الاستيجار على حفظ الثياب مطلقا - و قد ظهر مما اسلفناه ان مقتضى

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٨ من ابواب الاجارة حديث ٣- ٢-١

القاعدة هو الضمان مع ترك التحفظ وعدمه مع التلف السماوى اوما غلب عليه كالسرقة غيلة مع كمال التحفظ - واما الصحيح (١) عن الصادق عليه السلام عن رجل استأجر اجيرا فاقعده على متاعه فسرق - قال عليه السلام هو مؤتمن - فمحمول على ما هو الغالب من السرقة غيلة و لو مع التحفظ .

استيجار الدراهم والدنانير

خاتمة - فى بيان فروع باقية من الاحكام - الاول - انه وقع الخلاف بين الاصحاب فى استيجار اشياء ليس لها منفعة مقصودة للعقلاء - اوما له منفعة مقصودة ولكن استؤجر لغير تلك المنفعة كاستيجار الدرهم والدينار للتزيين - واستيجار التفاح للشم - والطعام لتزيين المجلس وماشاكل - والمشهور بينهم جواز ذلك - وخالف فى ذلك صريحا الحلى - وتردد فيه جماعة ومنشأ الاشكال - مع ان مقتضى الاطلاقات صحة الاجارة امران - احدهما من ناحية عدم المنفعة - نظرا الى ان منافع الاشياء على قسمين - منافع مقصودة وهى ما يترقب من الاعيان كسكنى الدار - وركوب الدابة - واكل التفاح - وصرف النقود فى التكسب ومنافع غير مقصودة كشم التفاح - والتزيين بالنقدين - وماشاكل - ومناط صحة الاجارة كون العين ذات منفعة عقلائية و تعلق الاجارة بها كذلك والا فتكون الاجارة غير عقلائية وسفهية وباطلة (وفيه) انه لا اشكال فى ان الاجارة لتمليك المنفعة ومع عدمها الاجارة و لكن اعتبار كون المنفعة من المنافع المقصودة العقلائية مما لا شاهد به - ودعوى - ان الاجارة ح سفهية يدفعها - اولا - ان تعلق غرض عقلائى بالمنفعة - غير كونها مقصودة عند العقلاء - اذ قد يتعلق الغرض بالمنفعة غير المقصودة - والمخرج للاجارة عن السفهائية هو تعلق غرض عقلائى بها - لا كون المنفعة مقصودة عند العقلاء - وثانيا - انه لا دليل على بطلان المعاملة السفهائية - اذ الدليل دل (٢) على بطلان معاملة السفيه

---

(١) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث -٣

(٢) النساء آية ٧ - الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر

- واما معاملة الكامل السفهائية فهى باقية تحت الاطلاقات و العمومات - الثانى ان مناط مالية الاشياء هى منافعها المقصودة للعقلاء فمالامنفعة مقصودة للعقلاء فيه لايكون مالا عندهم كما ان المنفعة غير المقصودة لهم ليست بنفسها مالا و يعتبر فى البيع والاجارة وغيرهما من المعاوضات كون موردالمعاملة مالا كماهوواضح. فمع كون المنفعة غير مقصودة للعقلاء لاتكون مالا فلايصح تمليكها بعوض (وفيه) انه لم يدل دليل على اعتبار كون مايقع مورد الاجارة مالا اذ ربما يبذل الاجرة بازاء شيء غير مال لغرض عقلائى مترتب على الانتفاع بالعين الذى لايحصل الا يبذل العوض - مع ان للمنع عن كون المنفعة غير المقصودة للعقلاء غير مال مجالا واسعا. فالاظهر هو صحة الاجارة فى هذه الموارد .

عدم لزوم اتصال المدة بالعقد

الثانى المشهور بين الاصحاب انه لايشترط فى الاجارة اتصال مدتها بالعقد فيجوز ان يؤجره داره شهرا متاخرا عن العقد بشهر اوسنة سواء كانت مستاجرة فى ذلك الشهر الفاصل ام لا -وعن الشيخ وابى الصلاح اعتبار ذلك (واستدل) لاعتباره- بمنافات الانفصال للقدرة على التسليم و هى كما مر شرط فى صحة العقد و المعتبر منها القدرة الفعلية كما هو مقتضى الاصل فى الشرط فان مقتضاه مقارنة الشرط لمشروطه-و بان العقود والانشائات علل للاحكام فيلزم الاتصال لئلا يلزم تخلف المعلول عن علته-و بان استحقاق التسليم من احكام العقد ومقتضياته وهو لايجامع الانفصال فالانفصال مناف لمقتضى العقد (ولكن) الاول مخدوش بان مدرك اعتبار القدرة على التسليم لزوم الغرر مع عدمها و لازم ذلك اعتبار القدرة عليه فى ظرفه لاحين العقد-والثانى يندفع بان المعلول هو الملكية لا المملوك ولامحذور فى الالتزام بفعلية الملكية وتاخر المملوك -مع- ان المنفعة تقدر وجودها بوجود العين فالمملوك ايضا ليس متاخرا - اضف اليه ان المنشأ اذا كان امرا على تقدير لابدوان يتحقق كك والالزم تخلف المنشأ عن انشائه وهو على حد تخلف المعلول عن علته-ويرد على الثالث ما تقدم من ان استحقاق التسليم من مقتضيات سلطنة الناس

على اموالهم لا من مقتضيات العقد - مع انه ان كان من مقتضياته لا يكون العقد مقتضيا لاستحقاقه مطلقا بل على حسب حال الملك فان كان المملوك متـاخرا كان استحقاق التسليم ايضا متـاخرا - فالاظهر عدم اعتبار ذلك - و عليه فهل يصح اجارة الشيء فى مقدار من الزمان على نحو الكلى فى المعين بلحاظ قطعات الزمان كاجارة الدار شهرا من هذه السنة ام لاتصح (و الحق) ان يقال انه ان لم تكن قطعات الزمان مختلفة بلحاظ المالية من حيث الصيف و الشتاء او من جهات اخر صح العقد و الابطل للزوم الغرر - ثم انه لو آجره داره شهرا انصرف الاطلاق الى الاتصال بالعقد - والابطل - .

كراهة استعمال الاجير قبل مقاطعته على الاجرة

الثالث - قالوا يكره استعمال الاجير قبل ان يقاطع على الاجرة - و عن غير واحد انه لا خلاف فى الجواز والكراهة - و ينبغى اولا تعيين مورد الحكم ثم ذكر دليله - اما الاول فالظاهر ان مورده ليس هو الاجارة القولية او المعاطاتية فى الموارد التى ليس للعمل اجرة عادية - لاستلزام عدم المقاطعة ح جهالة الاجرة وهى توجب البطلان فلا معنى للكراهة - ولا الاجارة فى المورد الذى يكون له اجرة عادية فانه كالمذكور كما فى الالتزامات الضمنية - بل الظاهر ان مورده العمل بعوض الذى هو معاملة مستقلة قـامت السيرة القطعية عليها نظير الاباحة بالعوض التى تقدم الكلام فيها وفى الدليل على مشروعيتها الجارى فى العمل بعوض (و اما) الثانى فيشهد به صحيح (١) سليمان بن جعفر الجعفرى ان مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلمانه وغضب غضبا شديدا حيث استعانوا برجل فى عمل وما عينوا له اجرته فقال له سليمان جعلت فداك لم تدخل على نفسك فقال عليه السلام انى قد نهيتم عن مثل هذا غير مرة الى ان قال واعلم انه ما من احد يعمل لك شيئا بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة اضعاف على اجرته الاظن انك قد نقصته

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الاجارة حديث ١

اجرته واذا قاطعته ثم اعطيته اجرته حمدك على الوفاء فان زدته حبة عرف ذلك لك ورأى انك قد زدته ونحوه غيره - والصحيح بنفسه ظاهر فى الجواز نظراً الى ما ذكره عليه السلام تعليلا للنهى - مضافاً الى السيرة وعدم الخلاف .

الرابع قد ذكر فى جملة من الكلمات فى احكام الاجارة انه يكره ان يضمن الاجير الامع التهمة - و قد مر موارد ضمان الاجير وعدم ضمانه - فان كان المراد مورد عدم الضمان فالتضمين حرام غير جائز وان كان المراد مورد الضمان فلا دليل عليه - لانهم استدلوا له بالنصوص (١) الناهية عن التضمين مع عدم التهمة و قد مر ان مفاد تلك النصوص عدم الضمان الا مع التهمة (نعم) يمكن ان يقال بان الاولى عدم التضمين فى موارد الاتلاف التى عرفت ثبوت الضمان - لما روى(٢) عن الفقيه مرسلا - قال الصادق عليه السلام كان ابى عليه السلام يضمن الصائغ والقصار ما افسدا وكان على ابن الحسين عليهما السلام يتفضل عليهم وقريب منه غيره - وظاهر التفضل ان الضمان ثابت و لكن كان بنائه عليه السلام على عدم التضمين والابراء ونفس التعبير بالتفضل ظاهر فى استحبابه لالزومه - وهو وان لم يختص بصورة عدم التهمة الا انه يمكن ان يكون التقييد به لما فى خبر (٣) آخر كان ابى عليه السلام يتطول عليه اذا كان مامونا - فتدبر - وعلى ما ذكرناه فالاولى - التعبير باستحباب الابراء وعدم التضمين لا كراهته.

وجوب سقى الدابة المستاجرة وعلفها

الخامس - ذهب جماعة الى انه يجب على المستاجر سقى الدابة و علفها و ح فلو اهمل ضمن - وهو المحكى عن الشيخ فى النهاية والحلى فى السرائر والمصنف فى الارشاد والمحقق فى الشرايع وغيرهم فى غيرها (وعن) التذكرة والتحرير والمختلف واللمعة والحواشى والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وجوبها على المالك - وقد يقال انه لا تنافى بين القولين فالكلام فى موردين - الاول - فى وجوب ذلك

---

(١) الوسائل باب ٣٠ - من ابواب الاجارة

(٣-٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الاجارة حديث ٢٠ - ٤

على المستاجر -الثاني- في الرجوع بعوض مابذله على المالك.

اما الاول - فلا اشكال في ان وجوبها عليه ليس من باب وجوب حفظ النفس والمال المحترم لان النفس غير المحترمة - والمال المحترم للغير - لايجب حفظهما ولذا لايجب التقاط الحيوان ولوخاف عليه التلف وانما يجب الحفظ على المالك من باب وجوب نفقة المملوك على مالكه كما انه يجب حفظ الحيوان بعد الالتقاط من جهة كونه امانة شرعية - وايضا ليس ذلك من جهة الامانة لما تقدم من انها قسمان امانة ثابتة بالعقد كالوديعة وامانة ثابتة بالتسليط عن الرضا وفي القسم الاول يجب الحفظ لان حقيقتها الاستنابة في الحفظ وليس كك في القسم الثاني (فان قيل) انه يجب الحفظ في القسم الثاني ايضا لانه لولم يحفظ يصدق التفريط والتعدي ويكون ضامنا ح (قلنا) ان صدق التفريط متوقف على وجوب الحفظ ولو كان وجوب الحفظ متوقفا عليه لدار - بل الظاهر ان مدركه الشرط الضمني ولكنه يختص بما اذا دفعه المالك الى المستاجر من دون ان يكون هو او عملته او اكرته مع الدابة.

واما الثاني فالظاهر جواز الرجوع على المالك لمفهوم التعليل في صحيح(١) ابي ولاد المتقدمة- قال قلت قد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال عليه السلام لا لانك غاصب فان المفهوم منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الدابة.

ثم انه -فيما يجب عليه البذل لو تركه فتلف هل يكون ضامنا الظاهر ذلك لصدق التعدي والتفريط - ويستفاد ذلك من النصوص الدالة على الضمان مع تجاوز الشرط لاحظ صحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن رجل تكارى دابة الى مكان معلوم فنفقت الدابة قال عليه السلام ان كان جاز الشرط فهو ضامن وان دخل واديا لم يوثقها فهو ضامن وان سقطت في بئر فهو ضامن لانه لم يستوثق منها -وصحيح (٣) علي بن جعفر

(١-٢) الوسائل باب ١٧ - من ابواب الاجارة حديث١-٣

(٣) الوسائل باب١٦ - من ابواب الاجارة حديث١

عن اخيه عليه السلام. عن رجل استاجر دابة فاعطاها غيره فنفقت ماعليه قال عليه السلام ان كان شرط ان لايركبها غيره فهو ضامن لها وان لم يسم فليس عليه شيء . ونحوهماغيرهما وهذه النصوص تدل على الضمان من وجهين -احدهما- تضمنها ان التلف مع تخلف الشرط موجب للضمان- ثانيهما- دلالتها على الضمان مع عدم الاستيثاق الظاهر لزومه بمقتضى الشرط الضمنى فلا اشكال فى الضمان .

حكم نفقة الاجير

السادس- المشهور كما عن اللمعة- انه من استاجر اجيرا لينفذه فى حوائجه كانت نفقته على المستاجر الا ان يشترط كونها على الاجير - وعن جماعة عدم الوجوب بل المصنف ره فى محكى التذكرة نقل عن بعضهم عدم الخلاف فيه ساكتا عليه ومقتضى القاعدة عدم الوجوب لان الاجارة لاتقتضى سوى كون عمل الاجير للمستاجر بازاء الاجرة المعينة - الا اذا كان هناك عادة مستقرة على كون نفقة الاجير على المستاجر ويكون ذلك ح من قبيل الشرط الضمنى فتجب لذلك وان كان فيه اشكال من جهة جهالة الشرط - ولذا قال فى المسالك بعد حكمه بوجوبها مع الشرط وحيث يشترط على المستأجر فلابد من بيان قدرها ووصفها- ولكن عن التذكرة عدم الضرر فى جهالة النفقة لانها من التوابع ح كاس الجدار .

و كيف كان فقد استدل للوجوب بالصحيح (١) الى سليمان بن سالم قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل استاجر رجلا بنفقة ودراهم مسماة على ان يبعثه الى ارض فلما ان قدم اقبل رجل من اصحابه يدعوه الى منزله الشهر والشهرين فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستاجر فنظر الاجير الى ماكان ينفق عليه فى الشهر اذا هو لم يدعه فكافاه به الذى يدعوه فمن مال من تلك المكافاة امن مال الاجير اومن مال المستاجر قال عليه السلام ان كان فى مصلحة المستاجر فهو من ماله والا فهو على الاجير الحديث -بتقريب

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب الاجارة حديث ١

انه يدل على ان البقاء عنده ان كان فى الاشتغال بالعمل الذى فيه صلاح المستاجر فهو مستحق المنفقة. فما دفعه عوضاً عنها محسوب عليه والا فلا نفقة فما دفعه على نفسه (وفيه اولا) ان استحقاق النفقة مفروض فى السؤال اما بعنوان الجزئية كما هو الظاهر منه حيث جعلها فى عرض الدراهم المسماة واقعا عليهما عقد الاجارة. واما بعنوان الشرطية كما هو المتعارف وانما عبر عنه فى الخبر كذلك لتعارف امثال هذه العبارة فيما كان ماخوذا فى العقد ولو بنحو الشرطية. ولا يتوهم بطلان الاجارة ح للجهالة - فانه يندفع بانه يمكن رفع الجهالة بالتوصيف والتقدير. ولو بالتقدير فى المالية. كما اذا جعل نفقة بمقدار عشرة دراهم فى كل يوم مثلا. فان قيل - انه اذا كان وجوب النفقة مفروضا فما وجه السؤال - قلنا ان وجهه ان ما يستحقه على المستاجر - النفقة الفعلية فلا يعم ما يكافى به. ام مقدار النفقة فما كافى به يكون محسوبا على المستأجر. فاجاب عليه السلام بان البقاء ان كان لمصلحة المستأجر وللعمل له فهو مستحق للنفقة ويحتسب ماكافى به على المستاجر ويستكشف منه ان المستحق مقدار النفقة وان كان لا عمل للمستأجر فى تلك المدة فلا يستحق النفقة حتى يحتسب ماكافى به على المستأجر. فالسؤال عن حكم واحد وفى الجواب زاد على بيان المسئول عنه حكما آخر (و ثانيا) انه من الجائز عدم كون الجواب مربوطا بالنفقة ويكون المراد به ان المكافاة المفروضة ان كانت مصلحة للمستاجر كانت من المال المصروف فى مصالحه فتحتسب عليه - والا كانت احسانا من الاجير. بل ربما يقال ان هذا المعنى اقرب الى المفهوم من العبارة .

وربما يستدل له - بما فى ذيل الخبر المتقدم - قال - وعن رجل استاجر رجلا بنفقة مسماة ولم يفسر شيئا على ان يبعثه الى ارض اخرى فما كان من نفقة الاجير من غسل الثياب او الحمام فعلى من - قال عليه السلام على المستأجر - و تقريب الاستدلال به انه يدل على استحقاق مثل اجرة غسل الثياب والحمام. فالمآكل و الملابس اولى بذلك (وفيه) ان المفروض فيه اصل النفقة وانما السؤال عن شمول النفقة المفروضة غير المفسرة ولا المفصلة للوازم السفر - فاجاب عليه السلام عن الشمول ببيان اللازم

وهو كونه على المستاجر (نعم) يبقى ح اشكال على الخبر وهو ان الظاهر من الخبر كون النفقة اجرة او جزء منها - و المفروض فيه ايضاً انها مجملة غير مفسرة بشيء - ومع ذلك حكم عليه السلام بصحة الاجارة مع انه يعتبر فى صحة الاجارة معلومية الاجرة فان صح سند الخبر ولم يعرض الاصحاب عنه - يتعين الجواب عنه بان عدم مضرية جهالة النفقة لعله من جهة كونها من التوابع كاس الجدار وماشاكل - فالمتحصل مما ذكرناه انه لا يجب عليه نفقته .

اجارة الصغير زائدا على زمان صغره

السابع - اذا آجر الوصى او الولى الصبى المولى عليه - او املاكه مدة تزيد على زمان بلوغه ورشده - فالمشهور بينهم بطلان الاجارة فى المتيقن بلوغه فيه - وانما الخلاف بينهم بالنسبة الى المحتمل - ونخبة القول فى ذلك انه لا اشكال فى ان المنافع المستقبلة للاملاك مملوكة بالفعل لاربابها وانما المتاخر ذات المملوك لا ان الملكية متدرجة كتدرج المنفعة ولذا يصح تمليكها بالغير باجارة ونحوها - وعلى ذلك فلو آجر الولى او الوصى اموال الصبى مدة تزيد على زمان بلوغه فقد آجر ما يملكه الصغير بالفعل لا ما يملكه فى زمان كبره حتى يقال انه لا يكون وليا فيها الا ان الكلام فى ثبوت عموم لادلة الولاية بنحو يشمل مثل هذه التصرفات و الظاهر عدمه و او بواسطة مناسبة الحكم والموضوع فانه انما جعل الولى للصبى لئلا يفوت عليه ما يتعلق به فى زمان صغره وعلى ذلك فتبطل الاجارة لقصور ادلة الولاية (واولى) بعدم الصحة من ذلك اجارة نفسه فانها تزيد عليه بعدم كون الحر مالكا لمنافع بدنه بل له السلطنة على نفسه كما له السلطنة على تمليك كلى فى ذمته و الولى يقوم مقام الصغير فى هذه السلطنة ولا دليل على سلطنته عليه بتمليك منافعه المصادفة لزمان كبره - وبعبارة اخرى ان الثابت بالدليل بعد عدم كون منافع بدنه مملوكا له - ان للولى او الوصى السلطنة على تمليك منافع الصغير فالمنافع المصادفة لزمان الكبر خارجة عن تحت دليل السلطنة لعدم كونها منافع الصغير - فعلى هذا اذا آجره او املاكه مدة

تحتمل الزيادة عن زمان بلوغه صح ظاهر الاستصحاب عدم البلوغ ولو اتفق البلوغ فيه فالظاهر انكشاف بطلانها واقعا بمعنى عدم الصحة بدون الاجارة (وعن) الخلاف الحكم بالصحة معللا بان الاجارة وقعت من اهلها وفي محلها في وقت لم يعلم لها مناف فتستصحب (ويرده) انه وان كانت الاجارة حين الوقوع كان في وقت لم يعلم لها مناف ـ ولكنه بانكشاف البلوغ ينكشف مصادفتها في المدة المصادفة للبلوغ مقرونة بالمانع ـ ومع احراز ذلك لامعنى للاستصحاب .

ملك مايحوزه الاجير للمستاجر

الثامن ـ لا اشكال في انه يجوز الاستيجار لحيازة المباحات ـ انما الكلام في انه لو استاجر اجيرا لها فهل يملك المستأجر ما حازه امــلا ـ وملخص القول فيه انه تارة يحوز الاجير للمستاجر ـ فالظاهر انه لا اشكال في صيرورته ملكاً له لا من جهة الاجارة بل من جهة ان المرتكز في اذهان العرف كون الحيازة من العناوين القابلة للنيابة والوكالة وهو المعيار المائز بين ماتدخله النيابة والوكالة ومالا تدخلاه ـ بل قد يقال ان التسالم على كون القبض مما تدخله النيابة في كل مورد كان موضوعا لحكم شرعي يقتضي البناء عليه هنا لانهــا من انواعه وانحائه ـ و على الجملة ـ لا ينبغي التوقف في ان هذا العنوان كعناوين العقود والايقاعات قابل للنيابة والوكالة فمع ان حاز الاجير للمستاجر ونيابة عنه ملك المستاجر مايحوزه ـ و اخرى يحوز الاجير لنفسه لا للمستاجر ـ فمقتضى مادل على ان من حاز ملك (وان لم اظفر بما تضمن هذه العبارة الا ان بمضمونها رواية (١) وهــي مــا تضمن قول امير المؤمنين عليه السلام للعين مارات ولليد ما اخذت ـ وقريب من هذا المضمون غيره)هو كونه ملكاً للاجير لا للمستأجر.

وقد استدل لصيرورته ملكاً للمستاجر بعقد الاجارة بوجوه (احدها) ماافاده صاحب الجواهر ره و هو ان حيازة الاجير حيازة المستأجر و يده على المباح يد

---

(١) الوسائل ـ باب ٣٨ من ابواب الصيد ـ من كتاب الصيد والذباحة

المستأجر من جهه ان حيازته على المفروض مملوكة له فنية الخلاف من الاجير كنية التملك من احد بالنسبة الى ما حازه غيره (وفيه) ان الاجارة انما توجب ملكية الحيازة ولا توجب استناد الحيازة اليه والدليل دل على ان ما يحوزه الحائز - لمن يستند اليه الحيازة لا لمن هو مالك للحيازة والفرق ظاهر - بل لو كانت الحيازة مستندة اليه لم تكن كافية فى الملكية فان الحيازة ليست سببا قهريا المتملك بحيث يملك الحائز ما حازه وان لم يكن ذلك عن قصد كحيازة النائم وشبهه وعليه فالاجير لا يملك ماحازه لعدم كون الحيازة مستندة اليه بل الى المستأجر - والمستاجر لا يملكه لعدم قصد التملك له (ثانيها) ماعن بعض الاجلة وهو كون الحيازة موجبة لملك مالك الحيازة قهرا وهى من الاسباب الشرعية القهرية - فالمستأجر يملك ماحازه الاجير لكون الحيازة له (وفيه) انها لو كانت من الاسباب القهرية مع انه ممنوع فهى سبب لملكية من انتسب اليه الحيازة وهو الاجير - وح ان لم نعتبر ملكية الحيازة يملكه الاجير والا فلا يملكه المستاجر ولا الاجير - اما الاول فلعدم الاستناد واما الثانى فلعدم الملكية (ثالثها) ان ملكية ماحازه من آثار ومنافع الحيازة فتتبع ملكية الحيازة (وفيه) ان ملكيته من آثار نفس الحيازة المنتسبة الى الحائز لا من آثار ملكيتها كما يظهر من ادلة مملكية الحيازة - فالاظهر عدم صيرورته ملكا للمستاجر - والحمد لله اولا وآخرا.

المزارعة

(الفصل الثانى فى المزارعة والمساقاة) اما المزارعة فهى لغة مفاعلة من الزرع. وقالو شرعا هى معاملة على الارض بحصة من حاصلها - ولعل تحقق المعنى اللغوى فيها باعتبار مباشرة احدهما وامر الاخر - وكيف كان فلا اشكال فى ان هذا التعريف من قبيل شرح الاسم. وقد وقع الكلام فى ماهيتها. وانها هل تكون من سنخ المشاركات او المعاوضات - و على الثانى فهل هى تمليك تمام منفعة الارض من الزارع بحصة من الحاصل فيما اذا كان البذر من الزارع وتمليك الزارع تمام عمله من المالك بحصة منه فيما كان البذر من المالك - ام هى تمليك حصة من منفعة الارض من الزارع بحصة من عمله مع اشتراط كون الحاصل بينهما بنسبة الحصتين فتكون من اجارة الارض

بالعمل مطلقا على الاخير ـ ومن اجارة الارض تارة ـ واجارة النفس اخرى على ماقبله وجوه (الظاهر) هو الاول فانه لاريب في ان هذه المعاملة معاملة عقلائية وقد امضاها الشارع الاقدس واعتبر فيها اموراً كما في ساير الامضائيات واذا راجعنا اهل العرف تراهم لايخطر ببالهم اجارة الارض اوالنفس ـ ولذا تصح المزارعة مع عدم كون الارض ملكا للمزارع بل كان مالكا للانتفاع بها كما سيمر عليك ـ ولعله يشير الى ذلك خبر (١) يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام قال وسألته عن المزارعة فقال عليه السلام النفقة منك والارض لصاحبها فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر الحديث ـ وخبر (٢) الكرخي عنه عليه السلام قال قلت له اشارك العلج فيكون من عندي الارض والبذر والبقر و يكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة او شعيراً وتكون القسمة فياخذ السلطان حقه و يبقى ما بقى على ان للعلج منه الثلث ولي الباقي قال عليه السلام لا بأس بذلك قلت فلي عليه ان يرد علي مما اخرجت الارض البذر و يقسم ما بقي قال عليه السلام انما شاركته على ان البذر من عندك و عليه السقي والقيام ـ و قريب منهما غيرهما ـ.

ثم ان الدليل على مشروعية هذه المعاملة امور ـ ١ ـ انها معاملة عقلائية لم يردع الشارع الاقدس عنها وذلك كاشف عن امضائه اياها ـ ٢ ـ العمومات الدالة على امضاء كل عقد مثل (٣) «اوفوا بالعقود» وآية (٤) التجارة عن تراض ـ ونحوهما ـ فانها بعمومها واطلاقها تدل على امضاء كل معاملة عقلائية منها هذه المعاملة ـ ٣ ـ جملة من النصوص الخاصة الواردة فيها وفي المساقاة البالغة حد التواتر وسيأتي طرف منها في طي المباحث الاتية (بل) ادعى بعض المحققين انها مستحبة ـ واستدل له ـ بما دل (٥) على استحباب الزراعة ـ بدعوى كونها اعم من المباشرة والتسبيب (و لكن) يرد عليه ان غاية

(١-٢) الوسائل باب ١٠ ـ من ابواب المزارعة حديث ٢ ـ ١

(٣) المائدة آية ٢ (٤) النساء آية ٢٩

(٥) الوسائل باب ٣ ـ من ابواب المزارعة والمساقاة ـ

ما يستفاد من هذه النصوص كون الزراعة مستحبة فى نفسها و لا تدل على استحباب التكسب بها ـ .

واما ما رواه (١) زيد بن ثابت نهى النبى (ص) عن المخابرة قلت وما المخابرة قال (ص) ان تاخذ الارض بنصف او بثلث او بربع. فلابد وان يحمل على ما لاينافى النصوص المتقدمة مع الاغماض عن ضعف سنده ـ والا فللاعراض عنه ومعارضته لما تقدم لابد من طرحه كيف وقد استفاضت النصوص (٢) بان رسول الله (ص) قبل خيبرا اعطاها اليهود حين فتحت بالخبر والخبر هو النصف .

ثم ان الشهيد الثانى قده افاد فى المسالك انه لابد من كون الارض ملكاً لاحدهما عيناً او منفعة لانه المستفاد من حقيقة المزارعة وصيغتها فلا تشرع المزارعة فى الارض الخراجية حيلة من الحيل الشرعيه ثم ذكر جملة من تلك الحيل. وهذا بظاهره ظاهر الفساد اذ مضافا الى ما مر من ان المزارعة حقيقتها من المشاركات وليست من قبيل اجارة الارض كى تتوقف على كونه مالكا لها او لمنفعتها وبناء العقلاء واطلاقات المزارعة ينفيان اعتبار ذلك. يشهد لعدم اعتباره جملة من الاخبار الخاصة لاحظ صحيح (٣) يعقوب بن شعيب عن الصادق (ع) عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها و يصلحها و يؤدى خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال (ع) لاباس وصحيح (٤) الحلبى عنه (ع) فى حديث عن مزارعة اهل الخراج بالربع والثلث والنصف قال (ع) نعم لابأس به ونحوهما غيرهما ـ و لذلك تصدى جماعة لتوجيه كلامه ـ وحملوه على ارادة انه اذا لم يكن لاحدهما جهة اختصاص بالارض ولم يكن له فيها حق لايجوز المزارعة وهو واضح. ومراده من الارض الخراجية هى مال المسلمين

---

(١) التذكرة ج٢ ص٣٣٧ ـ كتاب المزارعة

(٢) الوسائل باب ٨و٩ و١٠ من ابواب المزارعة ـ والمستدرك باب ٦ منها

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث٢

(٤) الوسائل باب٨ ـ من ابواب المزارعة حديث٨

قاطبة ولا يكون له فيها جهة اختصاص .

وكيف كان فالاظهر صحة المزارعة مع ثبوت حق للمزارع في الارض كانت ملكا له- اوكان له منافعها اوالانتفاع بها او حق الاولوية فيها- نعم اذا لم يكن له حق فيها لايصح المزارعة فلايجوز المزارعة في الموات مع عدم تحجير اوسبق او نحو ذلك لفقد تسلط احدهما على الارض الذى هو ركن في المزارعة وبدونه لامعنى لمشاركة نعم يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر اوباجارة احدهما للاخر في مقابل البذر او نحو ذلك لكنه ليس من المزارعة المصطلحة .

واما المساقاة- فهي معاملة على اصول ثابتة بحصة من ثمرها- ولا اشكال ولاخلاف في مشروعيتها- ويشهد لها مضافا الى الاجماع والى انها معاملة عقلائية لم يردع عنها الشارع الاقدس جملة من الاخبار الخاصة - كخبر (١) يعقوب بن شعيب عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل يعطى الرجل ارضه وفيها رمان او نخل اوفاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج قال عليه السلام لاباس -وطائفة من الاخبار الواردة في قصة خيبر- فانه وان لم يكن تصريح فيها بالمساقاة الا انها دالة عليها صريحا وظاهرا -وحيث انه ليس في الادلة لفظ المساقاة فلايهمنا البحث في مفهوم هذا اللفظ- واما المعاملة الخاصة فالظاهر كونها كالمزارعة من قبيل المشاركات وماذكرناه في المزارعة جار هنا .

(وهما) اى المزارعة والمساقاة **(عقدان لازمان لايبطلان الابالتفاسخ)** بلاخلاف اما كونهما من العقود اللازمة فلعموم مادل على ان الاصل في العقود اللزوم من الاية الكريمة(٣) « اوفوا بالعقود » و غيرها مما مر في كتاب البيع -واما مشروعية الاقالة فيهما وانفساخهما بها -وهى التفاسخ بالتراضي- فلما مر في كتاب الاجارة من مشروعية الاقالة في العقود- نظرا الى كون التقايل بنفسه من العقود فتشمله الادلة العامة صحة

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب المزارعة حديث ٢

(٢) الوسائل -باب ٨ و٩ و١٠ من ابواب المزارعة

(٣) سورة المائدة آية ٢

ولزوما ـ فراجعه (ثم ان) المشهور بين الاصحاب على ماقيل انهما لماكانتا من العقود اللازمة وجب انحصار الفاظهما في الالفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة ـ وكذا يشترط فيهما ما يشترط في غيرهما من العقود اللازمة من العربية و وقوع القبول على الفور وما شاكل ـ لكن قد مر فی کتاب البيع انه لايعتبر شيء من تلكم فی شيء من العقود اللازمة ـ و ايضا قد ظهر مما ذكرناه في كتاب الاجارة جريان المعاطاة فيهما ـ (ثم انه) حيث ان الاظهر عدم اعتبار الماضوية في صيغ العقود اللازمة كما مر ـ فلا يهمنا النزاع في انه هل يكفي غير الماضي من الصيغ في المزارعة ام لا ـ والاستدلال للكفاية بالنصوص الخاصة فانها ح تكون على القاعدة ـ

شروط المزارعة ـ احدها العقد من اهله

ثم ان الكلام في هذا الفصل ـ يقع في مقامين الاول في المزارعة ـ الثاني في المساقاة (**اما المزارعة**) فالكلام فيها في موضعين ـ الاول ـ في شروطها الثاني في احكامها اما الاول (**فشروطها خمسة**) الاول ـ (**العقد من اهله**) وهذا مركب من امرين (احدهما) اعتبار العقد وهو الايجاب والقبول فيها ـ والمراد به ان كان هو الاعتبار النفساني فاعتباره فيها من القضايا التي قياساتها معها ـ و ان كان هو المبرز له وماينشأ به من الالفاظ او الافعال فالدليل على اعتباره مادل على اعتباره في جميع العقود و الايقاعات وهو ان بناء العقلاء والشارع الاقدس على عدم ترتيب الاثار على الالتزامات النفسانية مالم تبرز بما يكون مبرزا لها نوعا ولذا لايصح انشاء عقد بما وضع لاخر الا مع القرينة الموجبة لظهوره فيه ـ واما الخصوصيات المعتبرة فيهما فقد مر الكلام فيها مفصلا في البيع ـ وكفاية المعاطاة والعقد المركب من القول و الفعل ـ ظاهرة مما ذكرناه في كتاب الاجارة فلا نعيد (ثانيهما) صدور العقد من اهله وهو كونه بالغا عاقلا مختارا غير محجور عليه لسفه

اوفلس ـ ومدرك اعتبار الاولین حدیث (١) رفع القلم عنهما ـ ومدرك اعتبار الثالث حدیث (٢) رفع مااستكرهوا علیه ـ و مدرك اعتبار الرابع ـ تعلق حق الغرماء بماله فی الفلس ومادل (٣) علی عدم جواز امر السفیه فی التصرف المالی علی ماسیجیء ـ وقدمر تفصیل الكلام فی جمیع تلكم فی كتاب الاجارة ـ ومماقدمناه فیه یظهر انه لامانع من كون الزارع مفلسا اذالم یكن منه مال لعدم كونه تصرفا مالیا ـ

فی اعتبار كون النماء مشاعا بینهما

(و) الثانی (**ان یكون النماء مشاعا**) بینهما تساویا او تفاضلا بلا خلاف فیه ـ وظاهر الحدائق حیث قال والظاهر ان دلیله الاجماع ـ الاجماع علیه وهو صریح الغنیة واستدل له) تارة ـ بالاقتصار علی المتیقن من النص والفتوی فی عقد المزارعة المخالف لاصالة عدم الغرر ذكره سید الریاض ـ واخری ـ بمافی المسالك من منافاة عدم اشاعة النماء بینهما لوضع المزارعة ـ وثالثة ـ بجملة من النصوص استدل بها فی الحدائق ـ كحسن (٤) الحلبی عن الصادق عليه السلام لا باس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس ـ وصحیح (٥) عبدالله بن سنان الاتی ـ ولكن یقول ازرع فیها كذا وكذا ان شئت نصفا وان شئت ثلثا او نحوه خبر (٦) ابی الربیع (ولكن) یرد الاول انه لافرق فی لزوم الغرر بین جعل النماء مشاعا بینهما او تخصیص كل واحد بنوع من الزرع دون صاحبه ـ وان شئت قلت ان دلیل مشروعیة المزارعة اخص من مادل (٧) علی النهی عن الغرر من هذه الجهة واطلاق المقید مقدم علی اطلاق المطلق كما حقق

---

(١) الوسائل باب ٤ ـ من ابواب مقدمة العبادات حدیث ١١ ـ وباب ٣٦ من ابواب القصاص فی النفس حدیث ٢ ـ و باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حدیث ٢

(٢) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس و باب ١٢ من ابواب كتاب الایمان

(٣) النساء آیة ٦ ـ الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الحجر

(٤-٥-٦) الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حدیث ٣-٥-١٠-

(٧) التذكرة ج ١ ـ ص ٤٦٦ ـ وسبقه الشیخ فی الخلاف

فى محله - والثانى - ان وضع المزارعة على كون بعض الحاصل لصاحب الارض وبعضه للعامل - و اما كون ذلك بنحو الاشاعة فلم يظهر منه ذلك وان شئت قلت ان اعتبار ذلك اول الكلام فكيف يفرض مفروغا عنه - والثالث - ان تلك الاخبار لامفهوم لها - اما الاول فواضح واما الاخير ان فلانهما فى مقابل تسمية شيء من الحاصل للبقر و شيء منه للبذر لاحظ ما فى اولهما - قال عليه السلام لايسمى شيئاً من الحب والبقر و لكن يقول ازرع .. الخ (فالحق) ان يستدل له بصحيح الحلبى(١) عن الصادق عليه السلام لاتقبل الارض بحنطة مسماة ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لاباس به بناء على ارادة المزارعة من القبالة فيه اوما يشملها - وظهوره فى اعتبار كون النماء حصة مشاعة لا ينكر - و على هذا فلو اختص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه كان يشترط احدهما الهرف اى المتقدم من الزرع والاخر المتاخر منه - اوما يزرع على مكان معين والاخر ما يزرع فى غيره او نحو ذلك مما لااشاعة فى شيء منه بينهما - لاتصح المزارعة .

انما الكلام فيما لو كانت الاشاعة فى الجملة محققة و لكن بعد استثناء شيء معين - كان يشترط لاحدهما قدرا من الحاصل و ما زاد عليه بينهما - فالمنسوب الى المشهور عدم صحتها ايضا (وعن) المصنف ره جواز استثناء شيء مطلقا و رجحه فى محكى الكفاية وفى الجواهر و غيرهما (وعن) الشيخ فى النهاية و جماعة جواز استثناء البذر من جملة الحاصل (واستدل) للاول - بظهور - النصوص فى اعتبار الاشاعة فى الحصة وينافيها استثناء شيء له ذكره فى الحدائق - وبجواز ان لاتحصل الزيادة فيبقى الاخر بلا شيء كما فى الشرايع وعن الغنية وغيرهما - وبما - دل على النهى عن الغرر الخارج عنه مالو كان النماء بتمامه مشتركا بينهما بنحو الاشاعة وبقى الباقى افاده سيد الرياض - وبمنا فاته - لوضع المزارعة - ذكره فى المسالك (والكل مردود) اما الاول - فلما مر من ان النصوص لادلالة فى شيء منها على اعتبار الاشاعة سوى

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب المزارعة حديث ٣

صحيح الحلبى -و هو انما تضمن النهى عن المزارعة بالحصة المعينة وجواز المزارعة بالمشاعة ولا تعرض فيه لما اذا كانت المزارعة بهمامعا وصدره لايدل على النهى عنه كما هو واضح وذيله لامفهوم له -فيبقى هذه الصورة داخلة تحت عمومات صحة المزارعة -واما الثانى - فلانه يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها -مع انه لامحذور فى ان لايبقى للاخر شيء كما لو لم يحصل شيء من الارض اصلا -واما الثالث- فلما مر من ان دليل الغرر مخصص فى المقام من هذه الجهة - و اما الرابع - فقد عرفت ان ذلك لاينافى وضع المزارعة بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك خصوصا اذا كان الاستثناء لاجنبى .

فالاظهر جواز الاستثناء مطلقا -للعمومات و الاطلاقات - ويشهد به مضافا الى ذلك جملة من النصوص لاحظ- خبر (١) ابراهيم الكرخى قلت لابى عبدالله عليه السلام اشارك العلج فيكون من عندى الارض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقى والعمل فى الزرع حتى يصير حنطة أو شعيرا وتكون القسمة فياخذ السلطان حقه ويبقى ما بقى على ان للعلج منه الثلث و لى الباقى قال عليه السلام لاباس بذلك قلت فلى عليه ان يرد على مما اخرجت الارض البذر ويقسم ما بقى قال انما شاركته على ان يكون البذر من عندك وعليه السقى والقيام- فان صدره صريح فى جعل مقدار من الحاصل للغير و عدم اشاعة الحصة فى المجموع -وذيله ظاهر فى ذلك فانه عليه السلام علل عدم جواز اخذ مقدار البذر من الحاصل بانه عند عقد الشركة لم يصرح بذلك فيستكشف منه انه لو كان صرح به لما كان فيه محذور -وخبر (٢) يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدى خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال عليه السلام لاباس و نحوهما غيرهما .

ومما ذكرناه يظهر حال مسألة اخرى وهى ما لو شرط احدهما على الاخر شيئا يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة من ذهب اوفضة او غيرهما - فانه لا اشكال فى الجواز -بل الوجوه المذكورة لعدم الجواز فى المسألة المتقدمة لاتجرى هنا- ولذا

(١-٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث ٢-١

ذهب المشهور الی الصحة هنا بل ظاهر المسالك عدم الخلاف فیها - و فی الجواهر- قال فی المفاتیح فی بعض الاخبار علیه دلالة قیل ولعله ما اشار الیه فی الکفایة من بعض المعتبرة(١) عن الرجل یزرع له الحراث الزعفران ویضمن له ان یعطیه فی کل جریب ارض بمسح علیه وزن کذا وکذا درهما فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد قال علیه السلام لا باس اذا تراضیا انتهی وفیه تامل- وکیف کان ففی المسالك ان قراره مشروط بالسلامة کاستثناء ارطال معلومة من الثمرة فی البیع ولو تلف البعض منه سقط منه بحسابه لانه کالشریك وان کان حصة معینة انتهی- واورد علیه بمنافاته لعموم ما دل (٢) علی لزوم الشرط بعد فرض کونه فی الذمة وبذلك یفرق بینه و بین استثناء الارطال التی هی بعض المبیع- ویمکن ان یوجه کلام ثانی الشهیدین ره بان الظاهر من الشرط لیس جعل شیء له مجانا بل بازاء ما یصل الی الاخر- فیتم ما افاده- فتدبر

فی اعتبار تعیین المدة فی المزارعة

(و) الثالث ان یکون **(الاجل معلوما)** بلا خلاف معتد به بل لعل الاجماع علیه کذا فی الجواهر- و فی الحدائق الفتوی صریحا بعدم اعتباره - والاول اظهر - لعموم (٣) ما دل علی النهی عن الغرر الشامل للمقام مع الجهل بالمدة - کما فی الاجارة فان المزارعة وان لم تکن من المعاوضات بل من قبیل المشارکات ولکنها من العقود اللازمة ولم یقید الغرر المنهی عنه بما فی المعاوضات -ودعوی- ان المزارعة تحتمل من الغرر ما لا یحتمله غیرها - مندفعة - بان ذلك بالنسبة الی الحصة لا فی غیرها - لا یقال - ان النسبة بین مطلقات المزارعة - و ما دل علی النهی عن الغرر عموم من

---

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب المزارعة حدیث ١

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الخیار کتاب التجارة

(٣) التذکرة ج ١ ص ٤٦٦ -

وجه فلاوجه لتقديم النبوى - فانه يتوجه عليه اولا ان النبوى حاكم على ادلة الباب وهو ينفى المعاملة المشروعة فى نفسها -لولا الغرر اذا كانت غررية- وثانياً- انه لو سلم كون النسبة عموماً من وجه من دون حكومة فى البين يقدم النبوى للشهرة التى هى اول المرجحات - ودعوى ان لكل زرع امدا معتادا فيبنى مع الاطلاق على العادة ويكتفى به عن ذكر المدة - فيها انه ان اوجب الاطمينان بالمدة فهو فى حكم التعيين والا فلا يوجب رفع الغرر فلا يكتفى به .

ثم انه قد استدل للمختار بروايات متعددة اكثرها لاتدل عليه - نعم - لو قيل بدلالة خبر (١) ابى الربيع الشامى عن الصادق عليه السلام عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فاى وجوه القبالة احل قال عليه السلام يتقبل الارض من اربابها بشىء معلوم الى سنين مسماة فيعمر و يؤدى الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قبالته فان ذلك لاتحل عليه نظرا الى ان المراد بالقبالة المزارعة اوما يشملها - ليس بكل البعيد

ثم انه ذهب جماعة الى اعتبار كون المدة مما يعلم فيه ادراك الزرع ولو من جهة العادة لان ادراك الزرع هو الملحوظ فى المزارعة بل هو ركنها الاعظم- ويمكن ان يستدل له فى صورة احراز القصور بمنافاته لما هو المقصود من المزارعة- وفى صورة الشك بحديث النهى عن الغرر .

ثم ان تمام الكلام فى المقام فى ضمن فروع ١- لو شرط فى العقد تاخيره ان بقى بعد المدة المشترطة- ففى الشرايع بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة ووجهه فى المسالك والجواهر- بان المدة تصير فى الحقيقة هى المجموع من المذكور وما بعده الى ان يدرك الزرع وهى مجهولة (وفيه) اولا ان الشرط ان كان بقاء المزارعة كان لما ذكر وجه واما لو كان ابقاء الزرع فى ارضه فلا محل لهذا الكلام فان مدة المزارعة هى ما جعل فى متن العقد- و ثانيا - ان الشرط بما انه غررى يكون فاسدا والشرط الفاسد لايفسد العقد - وثالثا- ان المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط - انما

---

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب المزارعة حديث ٥

هو انشاء شيءآخر و كون المجموع مجهولا لايوجب جهالة مدة العقد ـ فالاظهر بطلان الشرط وصحة العقد ـ ولو اشترط استحقاق الابقاء ولو بالاجرة بلا تعليق صح الشرط ايضا لعدم الغرر فيه ولكن الظاهر خروج ذلك عن محل الكلام .

٢ـ لو ترك المزارعة حتى انقضت المدة والارض تحت يده ـ ففى ضمانه اجرة المثل للارض ـ اوعدم ضمانه اصلا ـ او التفصيل بين الترك اختياراً فالاول او معذورا فالثاني ـ او ضمانه ما يعادل الحصة المسماة بحسب التخمين ـ او ضمانه بمقدار تلك الحصة مـن منفعة الارض و مـن قيمة عمل الـزارع ـ او التفصيل بين صورة اطلاع المالك على ترك الزرع فلا ضمان و بين عدم اطلاعه فالضمان و جوه واقوال (اقول) حيث انه قدعرفت ان المزارعة من المشاركات لامن المعاوضات فلا يملك على الزارع عمله ولا حصة من الحاصل عليه فلاوجه لضمانه اجرة احدهما ـ و لكن بما انه قد مر فى كتاب الاجارة والبيع ان المنافع غير المستوفاة يضمنها من يكون المال تحت يده فيضمن اجرة المثل للارض التى هى قيمة منفعة الارض الفائتة ـ و به يظهر انه لو لم يكن الارض تحت يده لا ضمان عليه و بذلك يظهر ما فى كلمات القوم فى المقام .

٣ ـ و لو مضت المدة والزرع باق ـ فالمشهور ان للمالك ازالته ـ و ذهب بعضهم الى انه ليس له تلك و عن القواعد الاقرب ان للمالك الازالة مع الارش او التبقية مع الاجرة (وجه) الاول ـ عموم مادل (١) على تسلط الناس على اموالهم وعدم (٢) حل مال المسلم الا بطيب نفسه ضرورة عدم حق للزارع بعد المدة التى ذلك فائدة جعلها غاية (ووجه) الثانى ـ انه قد حصل فى الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه ـ وان للزرع

---

(١) البحار ج١ـ ص١٥٤ الطبع القديم ـ وج٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى المستدرك ج١ ص ٢١٢

امدا معينا غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لايسقط حق الزارع كما لواستأجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه (ووجه) الثالث كونه جمعا بين الحقين هكذا ذكروا.

وحق القول فى المقام ان يقال انه لاينبغى التوقف فى سقوط حق الزارع لان الحق كان الى غاية فلاحق له بعدها وكون امد معين المزرع لايوجب ثبوت حق للزارع فى الارض بعد عدم كون المعاملة واردة على الزرع بماله من الامد بل الى وقت معين - واما انه هل لمالك الارض ازالته ففيه اشكال نظرا الى ان عموم الناس مسلطون على اموالهم انما يدل على جواز التصرف فى ماله لافى مال الغير الاترى انه لايصح ان يقال ان مقتضى قاعدة السلطنة جواز ان يذبح حيوانا للغير بمديته - من جهة انه تصرف فى المدية - وفى المقام غاية مايدل عليه قاعدة السلطنة جواز التصرف فى الارض اما جواز التصرف فى الزرع بالازالة فلايستفاد منها .

وهل له الامر بالازالة فيجب على الزارع تلك و ان لم يفعل يلزمه الحاكم عليها ام لا - الظاهر ان له تلك الافى صورة واحدة وهى مالوا ستلزم القلع والازالة الضرر على الزارع و كان بقاء الزرع فى الارض غير موجب لتضرر المالك ولا كان له نفع فى قلعه - فانه فى هذه الصورة يمكن ان يقال ان مقتضى حديث (١) لاضرر عدم و جوب الازالة - وانما لم نقل بذلك فيما اذا تضرر المالك ببقاء الزرع اوكان له نفع فى قلعه فلما حقق فى محله و صرح به جماعة بل المشهور من انه لايجب تحمل الضرر لدفعه عن الغير لان حبس المالك عن الانتفاع بملكه و جعل الجواز تابعا لتضرر الغير حرج عظيم - ولا يعارضه تضرر الغير - و تمام الكلام فى محله و لذلك افتوا بجواز ان يتصرف الانسان فى ملكه بحفر بئر و شبهه و ان تضرر جاره بذلك ان كان فى ترك الحفر ضرر عليه وكان له فيه نفع - راجع كلمات القوم فى كتاب احياء الموات - وعلى الجملة - فى خصوص هذه الصورة من جهة عموم حديث لاضرر يحكم بانه لاحق له فى الازالة فليس له ان يأمر بها ولا يجب على الزارع

---

(٣) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار - كتاب التجارة

الازالة - ولكن ليس لازم ذلك ان له ابقاءالزرع بلا اجرة بل من جهة انه يستوفى بذلك منفعة الارض فعليه اجرة المثل للارض - فالمتحصل مما ذكرناه انه ليس له الازالة بنفسه مطلقا وانما له ان يامر بالازالة بلاارش ولاحق للزارع فى الابقاء الافى صورة واحدة - وفى خصوص تلك الصورة له ابقاء الزرع مع الاجرة - فتدبر فانه حقيق به.

ثم انه فى موارد ثبوت حق الامر بالازالة المالك لافرق بين ان يكون عدم ادراك الزرع بسبب الزارع كالتفريط بالتاخير اومن قبل الله تعالى كتغيير الاهوية وتاخير المياه - واما فى مورد ثبوت حق الابقاء للزارع فلايبعد القول بالاختصاص بما اذاكان ذلك من قبل الله تعالى - وان كان من قبله لاحق له فى الابقاء من جهة انه بفعله اقدم على الضرر وفى مثل ذلك لايصلح حديث لاضرر لتخصيص عموم قاعدة السلطنة وحكومته عليها كمالا يخفى ثم انه لواتفقا على التبقية جاز بعوض وبغيره - وفى التبقية بالعوض يمكن ان يكون ذلك بنحو الاجارة او الصلح او الاباحة بعوض.

(و) الرابع (**تعيين الحصة بالجزء المشاع**) من الثلث اوماشاكل فلو قال ازرع هذه الارض على ان يكون لى اولك شيء من حاصلها بطل بلاخلاف ويظهر وجهه مماذكرناه فى سابقه.

يعتبر كون الارض مما ينتفع بها

(و) الخامس (**كون الارض مماينتفع بها**) بان تكون من اراضى الزراعة وان يكون لهاماءولو تقديراً اما من نهر اوبئر او عين أوماشاكل ومن تلكم الارض التى تسقيها الغيوث والامطار عادة - وان لم يمكن الانتفاع بها بطلت المزارعة بلا خلاف فى ذلك فى الجملة الاماعن المصنف ره فى القواعد حيث قال بعد ذكر الشرط المذكور ولو زارعها اوآجرها له ولاماء لها تخير العامل مع الجهالة لامع العلم لكن فى الاجرة يثبت المسمى انتهى و ظهوره فى صحة المزارعة لاينكر - ولكن الظاهر ارادته صورة عدم الماء فعلا وان كان يمكن بحفر بئر مثلا لاصورة عدم امكان الانتفاع بها للزرع الذى لا يطابق مااعترف به قبيل هذه العبارة من الشرط المزبور - وعلى ذلك يحمل ماعن

ارشاده ـ قال ولو زارع على مالاماء له بطل الامع علمه ـ فلا خلاف فى المسألة ـ ومدرك اعتبار هذا الشرط ـ عدم صدق المزارعة لعدم الغرض المطلوب فيها فلا تشملها الاطلاقات و العمومات ولا اقل من انصرافها عن ذلك ـ وعدم بناء العقلاء عليه بل هى من المعاملات السفهائية عندهم ـ والمعاملة السفهائية وان لم نلتزم ببطلانها الا انه فى ماكان هناك اطلاق اوعموم دال على الصحة لا فى مثل المقام مما لا دليل عليها .

ثم ان تمام الكلام فى ضمن فروع ـ ١ ـ انه لو لم يكن للارض ماء بالفعل و لكن يمكن تحصيله بعلاج ـ فلا اشكال فى صحة المزارعة ـ وهل للزارع الخيار مع الجهل بذلك ام لا ـ الظاهر ذلك لا لقاعدة نفى الضرر حتى يقال انها تختص بما اذا كان ضرر عليه بل لتخلف الشرط الضمنى الذى عليه بناء العقلاء والعقد مبنى عليه وهو كون الارض ذات ماء بالفعل .

٢ ـ اذا كانت الارض ذات ماء بالفعل ولم يعلم به المتعاقد ان فاوقعا المزارعة فظاهر الجواهر ابتناء الصحة و البطلان على القول باشتراط الامكان ـ ومانعية عدم قابليتها للانتفاع فعلى الاول تصح وعلى الثانى تبطل وحيث ان المختار عنده اشتراط الامكان فلذا اختار البطلان (وفيه) ـ اولا ـ ان الفرق بين المبنيين غير ظاهر اذ لو كان المانع او الشرط هو الامكان واقعا ـ وعدم قابليتها للانتفاع كك لزم البناء على الصحة او جود الشرط وانتفاء المانع ـ و لو كان العلم باحدهما شرطا او مانعا ففى الفرضين لابد من القول بالبطلان ـ و ثانيا ـ ان مقتضى الادلة التى اقامها للبطلان مع عدم قابلية الارض للانتفاع من كون المعاملة سفهائية وارادة غير الفرض من العمومات و المطلقات هو الصحة فان المعاملة لاتكون سفهية واقعا و المفروض انكشاف ذلك لهما وكان الفرض مشمولا للادلة واقعا وان تخيلا عدم كونه كك فالاظهر هى الصحة الا ان يفرض عدم قصدهما العنوان المزارعة جدا حين الانشاء وهو خلاف الفرض.

٣ ـ اذا كانت الارض لاماء لها حين العقد فاتفق تجدد قابليتها فى ظرف الاحتياج الى الماء كفى ذلك العقد ـ فانه ينكشف كونه واجدا للشرائط وفاقدا للموانع واقعا وان لم يعلما به ـ فما ـ فى الجواهر من الحكم بالبطلان ـ غير ظاهر ـ نعم ـ اذا

لم يقصد المزارعة جدا بطل لذلك .

٣- ولو انقطع الماء فى اثناء المدة - فتارة ينقطع فى جميع المدة و اخرى فى الاثناء بعد الانتفاع بالارض فى الزراعة فى مقدار من المدة- وعلى التقديرين تارة يمكن تحصيله بعلاج و اخرى لايمكن ذلك - فان انقطع فى تمام المدة و لم يمكن تحصيله بطل العقد لان المعتبر هو قابلية الارض للزراعة فى ظرف العمل والفرض عدمها وان توهما تحققها فبالانقطاع ينكشف عدم واجدية العقد للشرائط -وان انقطع فى تمام المدة مع امكان تحصيله بعلاج فالظاهر ثبوت الخيار للزارع لما ذكرناه فى الفرع الاول - وان انقطع فى بعض المدة ولم يمكن تحصيله بطل العقد بالنسبة الى المدة الباقية و ح للزارع خيار التبعض بلحاظ التبعض فى الغرض المعاملى و هو الانتفاع بالارض فى مجموع المدة - و ان انقطع فى الاثناء وامكن تحصيله بعلاج تخير الزارع بالنسبة الى الباقى فان فسخ ثبت له خيار التبعض - لايقال- ان التبعض حصل بفعله فلا يثبت له خياره - فانه يتوجه عليه ان منشأ التبعض ليس من ناحيته بل من جهة تخلف الشرط الضمنى- وبما ذكرناه ظهر ما فى كلمات الاصحاب فى المقام

حكم عقد المزارعة بين ازيد من اثنين

الموضع الثانى فى احكامها **(و)** فيه مسائل -الاولى **(له)** اى المزارع **(ان يزرع بنفسه او بغيره او بالشركة مالم يشترط المباشرة)** والا تعين ان يزرع بنفسه عملا بالشرط وهذا لاكلام فيه لو كان المراد ظاهره كما لاكلام فى انه يجوز كون الارض من احدهما والعمل والبذر والعوامل من الاخر - او العمل من احدهما والبقية من الاخر - والنصوص المتقدم جملة منها شاهدة بذلك انما الكلام فى موردين.

الاول- فى جواز عقد المزارعة بين ازيد من اثنين - مثال ذلك - ان تكون الارض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع - ففى محكى القواعد فى صحة كون البذر من ثالث نظر- و كذا لو كان البذر من ثالث والعوامل

من رابع (وفى المسالك) فى مقام بيان منشأ الاشكال قال من عموم الامر بالوفاء بالعقد والكون مع الشرط. ومن توقف المعاملة سيما التى هى على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ولم يثبت منه مثل ذلك والاصل فى المزارعة قصة(١) خيبر ومزارعة النبى صلى الله عليه وآله اليهود عليها على ان يزرعوها ولهم شطر مايخرج منها وله صلى الله عليه وآله شطره الاخر وليس فيها ان المعاملة مع اكثر من واحد وكذا باقى النصوص التى وردت من طرقنا ولان العقد يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه او يحتاج اثباته الى دليل والاجود عدم الصحة (واورد عليه) فى الحدائق - بان ماذكره من توقف هذه المعاملة على التوقيف من الشارع بمعنى دليل خاص فهو خلاف ما يستندون اليه من التمسك بعموم الادلة واطلاقاتها - وايضا - ان ذلك ينافى مايفهم من قصة خيبر فان اليهود كانوا كثيرين وقد زارعهم النبى صلى الله عليه وآله - و ايضا ينافيه ما هو معلوم جوازه فى باقى العقود من تعدد الموجبين والقابلين - ثم حكى عن الاردبيلى قده مايؤيد ماذكره (ولكن) يرد على ما فى الحدائق - انها هنا مسئلتين - احداهما - كون احد طرفى عقد المزارعة متعددا ككون الارض مشتركة بين جماعة مثلا - ثانيتهما - كون طرف العقد متعددا - بان يكون الارض من واحد والعمل من آخر والبذر من ثالث - وما افاده صاحب الحدائق انما هو فى المسئلة الاولى - ولا اظن ان يكون من يشكل فى الصحة فيها - ومورد كلام المسالك المسألة الثانية - (و اما) ما افاده فى المسالك - فيرد على ما افاده اولا ان اطلاقات المزارعة و ان لم تشمل الفرض الا انه يكفى العمومات العامة بعد عدم الدليل على اعتبار عدم كون العقدين اثنين - وكون ذلك خلاف المتعارف لا يوجب الانصراف ومعها لا يرجع الى الاصل - و يرد على ما افاده ثانيا - ان العقد عبارة عن ربط احد الالتزامين او الالتزامات بالاخر - فان كان مدعاه عدم صدق العقد على ما لو كان العاقد اكثر من اثنين فهو ظاهر الفساد - وان كان مراده انصراف العقد الى ذلك - فيرده انه لامنشأ له سوى التعارف و هو

---

(١) الوسائل باب ٨ و٩ من ابواب المزارعة

لايوجب الانصراف المقيد للاطلاق .

فالانصاف انه لامانع من شمول العمومات سيما على المختار من كون المزارعة من المشاركات- سوى النصوص الخاصة- لاحظ خبر (١) ابى الربيع الشامى عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يزرع ارض آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال عليه السلام لاينبغى ان يسمى بذرا ولابقرا ولكن يقول اصاحب الارض ازرع فى ارضك ولك منها كذا وكذا نصف اوثلث او ماكان من شرط ولايسمى بذرا ولابقراً فانما يحرم الكلام وخبر (٢) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام فى حديث لايسمى شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول ازرع فيها كذا وكذا الحديث ونحوهما غيرهما - فان المستفاد من هذه النصوص انه لايجوز ان يجعل بازاء البذر والبقر شيئاً من الحاصل- بل هو يجعل لصاحب الارض والعامل وليس معنى الفساد والبطلان الاذلك (وعن) المختلف حمل هذه النصوص على الكراهة معللا بانه لاربا هنا لان الربا انمايثبت فى البيع خاصة (وفيه) اولا انه ليس النظر فى النهى الى الربا قطعا ولذا نهى عن جعله بازاء البقر ايضا - وثانيا- ان الحمل على الكراهة مضافا الى انه خلاف الظاهر بلا قرينة عليه - ينافيه التعليل بانه يحرم الكلام المراد منه بحسب الظاهر الحرمة والفساد مع هذه التسمية والتوزيع (وعن) المجلسى ره ان قوله للبذر ثلثا يحتمل وجهين - احدهما ان اللام للتمليك فالنهى لكونهما غير قابلين للملك - ثانيهما- ان يكون المعنى ثلثا بازاء البذر وثلثا بازاء البقر فالنهى لشائبة الربا فى البذر- وهذا من غرائب الكلام- فالحق دلالة النصوص على المنع من التوزيع فى المزارعة بهذا النحو اى جعل مقدار المالك البذر ومقدار لمالك البقر- بل المتعين جعل الحاصل لمالك الارض والعامل وهذا مستلزم للفساد فى محل الفرض .

الثانى فى تشريك الغير فى المزارعة فالمشهور بينهم انه يجوز للعامل ان يشارك غيره فى العمل بالحصة المعلومة وان يزارع غيره - من غير توقف على اذن المالك اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه - وهذا لااشكال فيه على فرض كون المزارعة

(٢-١) الوسائل باب ٨ - من ابواب المزارعة حديث ١٠-٥

من المعاوضات كما مر نظيره في الاجارة وبينا هناك تفصيل القول في ذلك وفي جواز تسليم العين اليه - واما على فرض كونها من المشاركات فقد يشكل المشاركة فيها بما افاده الشهيد الثاني - قال وهو حسن في مزارعة غيره اما المشاركات فلا لان المراد بها ان يبيع بعض حصته في الزرع مشاعا ببعض معلوم و هذا لا مانع منه لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف شاء بخلاف ابتداء المزارعة اذ لاحق له ح الاالعمل وبه يستحق الحصة انتهى وتبع في ذلك المحقق الثاني - واورد عليهما بما يطول المقام بذكره

والحق ان يقال ان النقل الى الغير يتصور على وجوه - احدها - نقل المزارعة او نصفها مثلا الى الغير بحيث يصير كانه هو الطرف للمالك بصلح و نحوه بعوض و لو من خارج او بلاعوض - ثانيها - نقل حصته او بعضها الى الغير و لكن لايصير الغير بهذا النقل زارعا له ولا لصاحب الارض بل الناقل هو العامل للمالك وعليه القيام باعمال الزراعة و لو بالتسبيب - ثالثها - ان يزارع غيره او يشاركه كما زارعه المالك - فيكون من قبيل اجارة العين المستأجرة فيكون الغير زارعا - والكلام تارة فيما يقتضيه القاعدة - واخرى في مقتضى النص الخاص (اما الاول) فالظاهر عدم جواز النقل بالوجه الاول - لان صيرورة الزارع زارعا يستحق على المالك بذل منفعة الارض و عليه العمل مع كون الحاصل بينهما على الوجه الذى اشترطوه من آثار عقد المزارعة وهذا غير قابل للنقل بل هو نظير نقل الاجير صيرورته اجيراً الى الغير - وعدم جواز نقل العقد الواقع بينهما وكونه طرفا له الى الغير اوضح - واما النقل على الوجه الثاني - فان كان بعد خروج الزرع فلا اشكال فيه اصلا لعموم ادله العقود - واما قبل خروج الزرع ففيه اشكال نظرا الى الجهل بالوجود - الا بناقل لايضر به الجهل بالحصول - واما النقل على الوجه الثالث فالظاهر جوازه لان الارض تصير متعلقة لحقه وقد مر انه يجوز المزارعة على ارض تكون تحت تسلط الانسان وان لم يكن مالكا لها ولا لمنافعها - ولافرق في جميع تلكم بين كون البذر من المالك اومنه - كما لافرق بين ان يشترط المباشرة - وعدمه اذلا منافاة بين الصحة

فى مواردها وبين مباشرته للعمل لعدم لزوم المباشرة للعمل فى صحة المزارعة كما مر فيصح ان يزارع الغير او يشاركه ويكون هو المباشر دون ذلك الغير - واما النص - وهو (١) موثق سماعة سالته عن المزارعة قلت الرجل يبذر فى الارض مائة جريب او اقل او اكثر طعاما او غيره فياتيه رجل فيقول له منى نصف هذا البذر الذى زرعته فى الارض و نصف نفقتك على واشركنى فيه قال عليه السلام لا باس - فظاهره التشريك فى حصة من الحاصل - وليس فيه ما يشهد بنقل المزارعة او جعله شريكا معه فى كونه طرفا للمالك - والله العالم -

حكم اطلاق المزارعة

الثانية قالوا **(و)** لو اطلق المزارعة **(يزرع ماشاء)** ولا يتعين نوع خاص **(الا مع التخصيص فى العقد)** وتنقيح القول بالبحث فى موارد .

-١- هل يصح الاطلاق فيختار الزارع ماشاء - كما هو ظاهر المشهور - ام يعتبر التعيين كما عن المصنف ره فى التذكرة - وجهان (واستدل) المصنف لما اختاره بتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروعات فيلزم من تركه الغرر (واورد عليه) فى المسالك بان المالك دخل على اضر الانواع من حيث دخوله فى الاطلاق فلا غرر (وفيه) ان المالك ان عين الاضر فلا غرر ولكن ان اطلق ولم يعين وكان الخيار بيد الزارع ويكون له زرع الاضر وزرع غيره فلا محالة يلزم الغرر ودخول المالك لا يوجب رفع حكم الغرر، وليس هو نظير الضرركى يرتفع حكمه بالاقدام - و لكن يمكن ان يقال بناء على ما اخترناه فى حقيقة المزارعة من كونها من قبيل المشاركات لا من المعاوضات وان الارض لا تنتقل من المالك ولا منفعتها تنتقل عنه الى الزارع بل ليس الا الاذن فى الزرع فلا يكون غررمنهيا عنه اذ لا اشكال فى عدم جريان الغرر فى الاذن - واما من ناحية مجهولية الحاصل - فالغرر الناشى منها معفو فى هذا الباب لجهالته دائما - فالاظهر صحة الاطلاق .

-٢- قال فى المسالك انه مع الاطلاق يتخير الزارع اذا كان البذر من عنده اما

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب المزارعة حديث ١

لو كان من عند صاحب الارض فالتخيير اليه بطريق اولى لاالى الزارع (وفيه) ان ذلك فرع كيفية الاطلاق الماخوذ فى العقد - فان كان بنحو ظاهره تخيير الزارع لم يكن منافاة بينه و بين كون البذر من المالك فيكون الاختيار فى تعيين نوع البذر بيد الزارع .

-٣- ولو عين رب الارض الزرع على العامل تعينا نوعيا كالحنطة او شخصيا كهذه الحنطة اوصنفيا كالحنطة الفلانية - لم يجز له التعدى الى الاخر سواء كان ما عدل اليه اضر مما عين فى العقد او اقل ضررا او مساويا لعموم وجوب الوفاء بالعقد والشرط (ولو خالف) ففيه اقوال- احدها -ان للمالك اجرة المثل وهو مختار الشهيد الثانى فى المسالك و المحقق الاردبيلى- ثانيها- التخيير بمعنى انه يتخير المالك بين فسخ العقد واخذ اجرة المثل وعدمه فياخذ المسمى مع الارش للنقص الحاصل فى الارض بسبب زرع الاخر فيها ان زرع الاضر وهو مختار المصنف ره. ثالثها- التفصيل بين ما لو زرع الاقل ضررا فلاخيار له وبين ما لو زرع الاضر فله الخيار و هو ظاهر الشرايع (والحق) ان يقال ان تعيين النوع او الصنف او الشخص قد يكون على وجه التقييد والعنوانية -وقد يكون على وجه الاشتراط- فعلى الاول فبالنسبة الى ماوقع عليه العقد يكون كما لو ترك الزرع- وحكمه ضمان اجرة المثل للارض لانه فاتت المنفعة والارض تحت يده واما بالنسبة الى الزرع الموجود فان كان البذر للمالك كان الزرع له ولا يستحق العامل اجرة عمله لعدم كونه بامر المالك فلاموجب لضمانه له -وان لم يكن عالما بالتعيين ولم يتعمد الخلاف ولكن حيث انه لا يضمن من العين الواحدة من منافعها المتضادة والفرض استيفاء المالك منفعة من تلك المنافع ومعه لاتكون المنفعة المضادة لها مضمونة فلا يستحق على الزارع اجرة المثل للعارض مع عدم نقصان ما استوفاه من المنفعة - فالاظهر ملاحظة ازيدهما قيمة فان كان ما استوفاه ازيد فلا شيء على الزارع وان كان اجرة المثل ازيد استحق الزيادة خاصة عليه- وعلى الثانى للمالك الخيار فى فسخ العقد و ابقائه- فان ابقاه لايستحق عليه شيئا- و ان فسخه يجرى فيه ما ذكرناه فى الصورة السابقة:

ثم انه مع التعيين لافرق فيماذكرناه من الاحكام بين مالوكان مازرعه اقل ضررا ام كان اكثر ضررا (ودعوى) ان المراد من التعيين مقدار الاذن فى الانتفاع بالارض فهو كالاجارة بالنسبة الى ذلك فيجوز (مندفعة) بما افاده الشهيد الثانى بان غرض المالك ليس منحصرا بمصلحة الارض بل المقصد الذاتى انما هو الانتفاع بالزرع و مصلحة الارض تابعة ولاشك ان الاغراض تختلف فى انواع المزروع فربما كان غرضه بالاشد ضررا من حيث نفعه و الحاجة اليه وان حصل للارض ضرر (مع) انه يدفعها ان ماينشأ بالعقد لايختلف باختلاف الاغراض ويكون ماوقع عليه العقد عنوانا لما يستحقه احدهما على الاخر - فاذا وقع العقد على الاشد ضررا - لايجوز الاقل ضررا والحكم فى الاجارة ايضا كك -

حكم خراج الارض ومؤونتها

الثالثة - **(والخراج)** ومؤونة الارض كاجرتها اذا كانت مستاجرة و نحوها **(على المالك)** فان العامل انما يجب عليه العمل وما اشترط عليه من البذر والعوامل و امر الارض ومايتعلق بها الى ربها بل فى خبر (١) سعيد الكندى قلت لابى عبدالله عليه السلام انى آجرت قوما ارضا فزاد السلطان عليهم قال عليه السلام اعطهم فضل ما بينهما قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال عليه السلام انهم زادوا على ارضك - وان كان فيه قصور من حيث السند - و الظاهر ولااقل من المحتمل كونه فى الخراج الذى هو على مالك الارض باعتبار انه كانه عوض الارض يأخذه السلطان وغير مقدر بقدر فقد يزيد السلطان فيه وقد ينقص - فلاير دعليه ماافاده سيد الرياض قال و يستفاد من التعليل انسحاب الحكم فى كل موضع يشابه مورده كما يتفق كثيرا فى بلاد نا من الظلم على سكنة الدار بمال يكتب عليها فمقتضى الاصل والقاعدة برائة ذمة اربابها وصرف الغرامة الى السكنة فان المظلوم من ظلم - فانه على ما ذكرناه يكون الخبر موافقا للقاعدة

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب المزارعة - حديث ١٠

بل وللاصل وهو اصالة البرائة عما زاد على ما وجب عليه بعقد المزارعة. والخبر وان كان في الاجارة الا انه يستفاد حكم المقام منه بعموم التعليل.

هذا كله **(مالم يشترط)** على الزارع و الازم **(عليه)** عملا بالشرط و الظاهر تسالمهم عليه مع كونه معلوما و انما اشكل الشهيد الثاني في المسالك في صورة الجهل - قال ولو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الارض لان الشرط لم يتناولها ولم تكن معلومة فلا يمكن اشتراطها انتهى - واورد عليه - صاحب الحدائق ره بان المستفاد من الاخبار خلاف ما ذكره لاحظ صحيح(١) داود بن سرحان عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون له الارض عليها خراج معلوم و ربما زاد وربما نقص فيدفعها الى رجل على ان يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم في السنة قال عليه السلام لا بأس - و رواه الصدوق باسناده عن يعقوب بن شعيب عنه عليه السلام وصحيح(٢) ابن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل تكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال عليه السلام لا باس - قال وهذه الاخبار ظاهرة في عدم ضرر جهالة الشرط المذكور (وفيه) اولا - انه ليس في هذه النصوص ما يدل على ان ذلك هل هو بعنوان الجعالة او الصلح أو نحوهما المغتفر فيها الجهالة ام بعنوان الاجارة و شبهها - ثم انه هل الخراج مجعول جزء من العوض او يكون مجعولا بعنوان الشرط بل قد يقال انه ليس فيها ما يدل على كون ذلك بعنوان المعاملة بل هي تلائم مع كون ذلك بحصول التراضي خاصة ونفي البأس لا يدل على ازيد من الجواز - ولو سلم الاطلاق يقيد بما دل على مضرية الجهالة للحكومة - وثانيا انه يمكن ان يقال ان هذه النصوص وما شابهها متضمنة لحكم معاملة خاصة نظير المصالحة - مفادها تمليك المنفعة للعامل وتمليك مالك الارض للعمل ونحوه بلا معاوضة بين العمل و المنفعة فتامل - و سياتي لذلك زيادة توضيح في المسألة اللاحقة - وثالثا - ما في

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب المزارعة حديث١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب المزارعة حديث٢

الجواهر ان شرط الخراج في النصوص من اشتراط كون حق الخراج عليه نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها فلا يقدح جهالة ما يؤديه عن ذلك اذ ليس هو اشتراط قدر بل هو اشتراط حق ور بما لا يؤدي عنه شيئا ومرجعه الى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به الذي لا اشكال في صحة اشتراط عليه ولو مؤكدا ومثل ذلك ليس من الجهالة في شيء ـ و على الجملة ـ ما افاده الشهيد الثاني من انه مع اشتراط قدر الخراج لا بد وان يكون معلوما هو الصحيح ـ والمدرك النهي عن الغرر الشامل للشرط ايضا ـ على ما حقق في محله.

ثم ان الظاهر ان المراد بمؤونة الارض ما كان مثل الخراج من اجرة الارض ونحو تلك مما هو سبب في الاستيلاء على كون الارض بيده اجارة و زراعة وغيرهما (واما) ما استظهره في المسالك من انها ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها والدولاب وما لا يتكرر كل سنة كما فصلوه في المساقاة ـ فلا بد فيهما من تعيين كونها على المالك او العامل الا اذا كان هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق .

حكم الخرص

الرابعة (**والخرص جائز من الطرفين**) اي يجوز لكل من المالك والزارع ان يخرص على الاخر كما هو المشهور بين الاصحاب ـ والاصل في ذلك مضافا الى امكان دعوى انها معاملة مستقلة يشملها عموم ما دل (١) على وجوب الوفاء بالعقد بناء على ما هو الحق من عدم اختصاصه بالعقود المتعارفة التي لها عناوين خاصة ـ والى امكان ارجاعه الى الصلح غير المعاوضي فكانهما يتسالمان على ان يكون حصة احدهما من المال المشترك كذا مقدار او البقية للاخر شبه القسمة او نوع منها ـ جملة من النصوص الخاصة الواردة

---

(١) المائدة آية ٢

هنا و فى الثمار - كصحيح (١) ابى الصباح الكنانى سمعت اباعبدالله يقول ان النبى صلى الله عليه وآله لما افتتح خيبر تركها فى ايديهم على النصف فلما ادركت الثمرة بعث عبدالله ابن رواحة اليهم فخرص عليهم فجائوا الى النبى صلى الله عليه وآله وقالوا انه قد زادعلينا فارسل الى عبدالله بن رواحة فقال ما يقول هؤلاء قال خرصت عليهم بشىء فان شائوا يأخذون بما خرصت وان شائوا اخذنا ومرسل (٢) محمد بن عيسى قلت لابى الحسن عليه السلام ان لنا اكرة فنزارعهم فيجيئون فيقولون انا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فاعطوناه و نحن نضمن لكم ان نعطيكم حصتكم على هذا الحرز قال وقد بلغ قلت نعم قال عليه السلام لاباس بهذا قلت انه يجىء بعدذلك فيقول ان الحرز لم يجىء كما حرزت قد نقص قال فاذا زاد يرد عليكم قلت لاقال عليه السلام فلكم ان تأخذوه بتمام الحرز كما انه اذا زاد كان له كك اذا نقص كان عليه ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة (واورد) عليه- تارة - بانه من قبيل بيع المحاقلة والمزابنة وهما- ان يشترى حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة كما فى صحيح (٣) البصرى وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عنهما كمافى الصحيح وغيره - واخرى- بانها معاملة ربوية وهى باطلة- وثالثة- بانها باطلة من جهة اتحاد العوض والمعوض (والكل) مردودة لعدم كون هذه المعاملة بيعا كما مر وعلى فرضه يكون دليلها اخص من مادل على بطلان بيع المحاقلة و المزابنة فيخصص به وبه يندفع اشكال كونها ربوية- مع ان حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون - اضف الى ذلك كله ان فى جريان الربا فى مطلق المعاملات حتى ما كان راجعا الى التعاوض كلا ما محررا فى محله- واما اتحاد العوض والمعوض فيدفعه مضافا الى انه لامحذور فيه بعد دلالة الدليل على الصحة فى المقام انه لايكون هنا اتحاد حقيقة لكون المعوض الحصة المشاعة والعوض المقدار المخصوص من مجموع الحصتين - فلا اشكال فى صحة الخرص .

(١-٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب بيع الثمار حديث ٣-٤

(٣) الوسائل باب ١٣ - من ابواب المزارعة حديث٢

ثم ان تمام الكلام في ضمن فروع ١- هل هو لازم كما لعله المشهور بين الاصحاب ام يكون جائزاً كما عن الميسية وايضاح النافع والتنقيح -وجهان - وعن التذكرة الاشكال في لزومه- يشهد للزوم- العمومات الدالة على لزوم كل عقد من العقود وعقد الخرص ومرسل محمد المتقدم وغيره من النصوص الصريح بعضها والظاهر آخر في ذلك ٢- هل الزايد على تقدير الزيادة ملك المتقبل ام اباحة- الظاهر هو الاول كما هو صريح المرسل السابق وظاهر غيره فما عن مزارعة القواعد من ان الزايد اباحة على اشكال في غير محله ٣ -- ان مقتضى الاخبار الخاصه ظهورا - او انصرافا - او متيقناً اختصاص هذه المعاملة بما اذا كان العوض من الثمرة المخروصة فلا يجوز الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل والظاهر اختصاص المعاملة عند العقلاء ايضاً بذلك

-٤- ان هذه المعاملة كساير المعاملات تحتاج الى انشاء ولا يكفي فيها مجرد الرضا النفساني - لما مر من ان بناء العقلاء على عدم ترتيب الاثار على شيء من المعاملات مالم تبرز - نعم لا يعتبر فيها لفظ خاص بل يصح انشائها بكل ما هو مبرز لذلك بل يصح بالفعل كما في ساير المعاملات- ثم ان الظاهر كما اشرنا اليه كون هذه معاملة مستقلة غير البيع والصلح المعاوضي - ولتسم بالتقبل .

قرار الخرص مشروط بالسلامة

- ٥ - لا اشكال في ان هذه المعاملة كساير المعاملات متوقفة صحة ولزوما على التراضي وفي الاخبار تصريح بذلك وعليه (**فان**) لم يتفقا لم تصح- وان (**اتفقا**) واوقعاها- صحت ولزمت كما مر- وهل (**كان**) قرارها (**مشروطا ؛**) شرط آخر وهي (**السلامة**) اى سلامة الحاصل - فلو تلف بافة سماوية او ارضية كان عليهما كما هو المشهور- املا - قال في المسالك بعد نسبة الاشتراط الى المشهور . ومستنده غير واضح وحكمه لا يخلو عن اشكال ان لم يكن انعقد عليه الاجماع واني لهم به وانما هو شيء ذكره الشيخ في كتبه وتبعه عليه الباقون معترفين بعدم النص ظاهرا على هذه اللوازم انتهى وظاهر المحقق الاردبيلي التوقف في ذلك وحكى عن التذكرة ايضاً التردد فيه.

اقول تارة نقول فى هذه المعاملة ان تعيين الحصة فى المقدار المعين لا يجعل مايستحقه المتقبل من قبيل الكلى فى المعين بل هى باقية على اشاعتها غاية الامر تعينها فى مقدار معين - وعليه فكون التلف عليهما كما قبل التقبل واضح - واخرى نقول بان حقيقة هذه المعامله تعهد احد الشريكين حصة الاخر على المقدار الذى يراه الخارص فتفيد مضافا الى التعيين خروج العين عن الاشاعة واختصاصها بالمتقبل كما افاده بعض الاجلة - ولازمه كون مايستحقه من قبيل الكلى فى المعين - فيمكن ان يقال ان المالك وان ملك بالتقبل مقدارا معينا من الحاصل بنحو الكلى فى المعين الا ان ما يستحقه الزارع ايضاً من قبيل الكلى فى المعين وهو مازاد على ذلك المقدار وليس المقام نظير بيع صاع من صبرة فان المبيع هناك كلى فى المعين ومال المالك ليس ملحوظا بعنوان كلى اذ لم يقع موضوع الحكم فى البيع حتى يلحظ بعنوان كلى وهذا بخلاف المقام بل المقام نظير مالو باع الصبرة الا صاعا منها او باع ثمرة شجرات الا ارطا لا معلومة فكما انه فى تلك المسألة لا اشكال ولا خلاف فى انه لو خاست الثمرة وتلف من الصبرة مقدار منها سقط من المستثنى بحسابه كك فى المقام والسر فى ذلك انه حيث يملك كل منهما كليا فى المعين فالموجود مشترك بينهما لان نسبة كل جزء منه الى كل منهما على حد سواء فتخصيص احدهما به ترجيح من غير مرجح وكذا التالف نسبته اليهما على السواء فيحسب عليهما - وتمام الكلام فى ذلك فى كتاب البيع فى مسألة بيع صاع من الصبرة - ومع الاغماض عن ذلك يمكن توجيهه بالشرط الضمنى بينهما - والى ذلك يرجع ما افاده بعضهم بكون ذلك من احكامها العقلائية - وعلى ماذكرناه فيلحق اتلاف متلف من الانسان ايضاً بالتلف والمتلف ضامن لكل منهما .

ثبوت اجرة المثل مع بطلان المزارعة

الخامسة (**واذا بطلت المزارعة اولم يزرع العامل يثبت اجرة المثل**) كما هو المشهور بين الاصحاب والكلام فى موردين - الاول - فى صورة بطلان المزارعة وح تارة تكون الارض بيد الزارع واخرى تكون بيد المالك .

امافى الصورة الاولى فمدرك ضمانه اجرة المثل للارض ـ ما تقدم منافى كتاب البيع والاجارة من ان المنافع غير المستوفاة اذاتلفت تحت يد الشخص يكون ضامنا لها واما قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، المتوهم شمولها للمقام من جهة ان المزارعة الصحيحة بالنسبة الى منفعة الارض توجب الضمان فكذا فاسدها فشمولها لمانحن فيه يتوقف على القول بكون المزارعة من قبيل المعاوضات واما على المختار من كونها من قبيل المشاركات فلا وجه للتمسك بها لان منفعة الارض لاتنتقل الى الزارع حتى تضمن .

واما فى الصورة الثانية ـ فالظاهر عدم الضمان لعدم الموجب له من قاعدة اليد ـ او الاتلاف ـ او احترام المال ـ وماشاكل ـ

الثانى فيما لو ترك الزارع الزرع حتى انقضت المدة ـ وفيه وجوه وبعضها اقوال ـ كونه ضامنا لاجرة المثل للارض ـ عدم ضمانه اصلا ـ التفصيل بين مالو تركه اختيارا فالاول اومعذورا فالثانى ـ ضمانه ما يعادل الحصة من منفعة الارض من نصف او ثلث اوغيرهما بحسب التخمين ـ ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الارض من نصف اوثلث و من قيمة عمل الزارع .

والاظهر هو الاول فى مفروض المسألة و هو كون الارض بيد الزارع الى انقضاء المدة ـ والثانى مع كونها تحت يد المالك ـ امافى الاول فلقاعدة اليد بالتقريب المتقدم فى كتاب البيع و الاجارة ـ لما بيناه من شمولها للمنافع غير المستوفاة ـ ولقاعدة الاتلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا ـ واما فى الثانى فلعدم الموجب له ـ ثم ان هذا فيما اذا لم يترك الزرع بسبب عذر عام والا فيكشف عن بطلان المزارعة

ولو انعكس المطلب بان امتنع المالك من تسليم الارض بعد العقد (فقد يقال) بانفساخ العقد لان تلف المعوض قبل القبض موجب لانفساخ العقد و هو شامل للقهرى والاختيارى والاختيارى عام لما اذا استند الى المالك او الاجنبى (و فيه) انه لو سلم التعدى عن مورد قاعدة التلف قبل القبض المختص بالبيع الى غيره حتى مثل المزارعة التى ليس فيها تمليك ـ مع ان للمنع عنه مجالا ـ فلا اشكال فى ان التلف غير شامل

للاختياري المساوق للاتلاف .

وقد يقال ان للزارع اجرة المثل لعمله لانه ملكه لمالك الارض وهو قد اتلفه عليه بعدم تسليم الارض اليه - وفيه - انه يتم لو كان العمل ملكا لمالك الارض ولكن قد عرفت ان المزارعة من قبيل المشاركات لا المعاوضات - فالاظهر عدم الضمان وانه ليس له سوى الفسخ

اجارة الارض للزراعة بالحنطة والشعير

السادسة - المشهور بين الاصحاب انه لا يجوز اجارة الارض لزرع الحنطة او الشعير بما يحصل منها (و) ظاهر اطلاق ما في المتن (**يكره اجارة الارض بالحنطة والشعير**) المخالفة في المنع وهي المحكية عن النافع والمختلف (واستدل) للاول في الجواهر بعدم كون مال الاجارة موجودا حالا في الخارج ولا في الذمة (واورد) عليه سيد العروة بانهما في نظر العرف واعتبارهم بمنزلة الموجود كنفس المنفعة وهذا المقدار كاف في الصحة (وفيه) ان المنفعة كما مر غير مرة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل و الحاصل من الارض ليس كك وعليه فكما افاده المستدل بما ان الاجرة لابد وان تكون موجودة ومعلوم الحصول و مملوكة او بحكمها كالاعمال والحاصل من الارض غير معلوم الحصول مضافا الى عدم وجوده حال الاجارة تبطل الاجارة (و به) يظهر عدم جواز اجارتها بما يحصل منها ولو من غير الحنطة والشعير بل - وعدم جوازها بما يحصل من ارض اخرى.

و يمكن ان يستدل للمنع في اصل المسألة بجملة من النصوص الخاصة - كموثق (١) ابي بصير عن الصادق عليه‌السلام لا تؤاجر الارض بالحنطة ولا بالشعير ولا بالتمر ولا بالاربعاء ولا بالنطاف ولكن بالذهب والفضة لان الذهب والفضة مضمون وهذا ليس بمضمون. بناء على اختصاص المنع بصورة اجارتها بالحاصل منها حتى يصح التعليل. وخبر (٢) ابي بردة عنه عليه‌السلام عن اجارة الارض المحدودة بالدراهم المعلومة قال عليه‌السلام

(١-٢-) الوسائل باب ١٦ - من ابواب كتاب المزارعة والمساقاة حديث ٢ - ٩-

لا باس قال و سالته عن اجارتها بالطعام فقال ان كان من طعامها فلا خير فيه وخبر(١) الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام عن اجارة الارض بالطعام قال عليه السلام ان كان من طعامها فلاخير فيه - والمناقشة في السند او الدلالة - في غير محلها - بعد الانجبار بالشهرة العظيمة - مع - ان الموثق لااشكال فيه سندا ولادلالة كما مر والتعبير بلا خير فيه لايصلح لصرف ظهور النهي عن ظاهر بل ربما يقال انه بنفسه ظاهر في المنع وبما ذكرناه ظهر وجه عدم المنع والجواب عنه.

وهل يجوز اجارة الارض للزراعة حنطة بالحنطة - اوشعيرا بالشعير مع ضمان ذلك في الذمة ام لا - المشهور الاول على كراهة كما في الحدائق (وعن) ابن البراج المنع ومال اليه الشهيد الثاني واستدل له بصحيح (٢) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام لا تستاجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة - واورد عليه بانه يعارضه مفهوم التعليل في الموثق المتقدم ومفهوم الشرط في غيره - واجاب عنه الشهيد الثاني ره بانه لامنافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بحمله - وايده بعض المعاصرين بامكان تعدد وجوه المنع - ويرد عليهما ان ما افاداه يتم ان لم يكن للنصوص المتقدمة مفهوم وكانت دالة على المنع في مواردها - واما مع ثبوت المفهوم ودلالتها به على الجواز في غير تلك الموارد فلا يتم ما افاداه (والحق) ان يقال ان النسبة بينها وبين الصحيح عموم من وجه مورد التعارض اجارة الارض للحنطة بحنطة من غير حاصلها مضمونة في الذمة - فيرجع الى المرجحات والترجيح لها للشهرة التي هي اول المرجحات - نعم - يبقى ح السؤال عن مدرك الكراهة اذ لو قيد اطلاق الصحيح بتلك النصوص فلاشيء يشهد لها والافلا بد من البناء على المنع والاستدلال لها بما(٣) تضمن تعليل النهي عن اجارة الارض بحنطة من حاصلها - بقوله عليه السلام لايجوز اجارة حنطة بحنطة ولا

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٦ من ابواب كتاب المزارعة والمساقاة - حديث ٥-٣-١١-

شعير بشعير - لايتم - لان حاله حـال الصحيح فى التعارض والتقديم - وكيف كان فالظاهر تسالمهم عليها .

ولو آجره بالحنطة والشعير فى الذمة لكن بشرط الاداء منها - فالظاهر صحة الاجارة والشرط اذا كان عالما بالتمكن من الاداء منها - و صحة الاجارة و بطلان الشرط اذا لم يكن عالمابه - اما صحة الاجارة فللعمومات و خصوص مامر - واما بطلان الشرط فى صورة وصحته فى صورة اخرى . فبمناط لزوم الغرر وعدمه .

السابعة **(و لو غرقت الارض قبل القبض)** ولم يمكن الانتفاع بهابعلاج **(بطلت ولوغرق بعضها)** كك فبالنسبة الى التالف طلت ايضاً - واما بالنسبة الى الباقى فى **(تخير العامل فى الفسخ و الامضاء - وكذا لواستاجرها)** كما مرالكلام فى الفرعين مفصلا - الاول فى ذكر شرائط المزارعة - والثانى فى كتاب الاجارة.

المساقاة

(واماالمساقاة) فقد مربيان حقيقتها - و مشروعيتها و لزومها و بقى الكلام فيها - فى جملة من شروطها واحكامها **(ف)** الكلام فى تلك - فى موضعين-الاول- فى شروطها - وهى **(ستة)** الاول (**العقدمن اهله)** وما ذكرناه فى المزارعة جارهنا فلانعيد -

(و) الثانى و الثالث **(المدة المعلومة و امكان حصول الثمرة فيها)** بلاخلاف يعتدبه فىاشتراط الاول وعلى المشهورفى الثانى - و قدمرالكلام فيهماايضا فى كتاب المزارعة - لان المدرك و الاقوال فيهما واحد فلاحاجة الى الاعادة - وما ذكرناهمن الفروع المترتبة على هذين الشرطين هناك تاتى فى المقام .

(و)ايضاً قد ظهرمما قدمناه فى المزارعة اعتبار شرط رابع وهو **(تعيين الحصة)** .

(و)اما الخامس وهو**(شياعها)**ففد استدلوا لاعتباره (تارة) بقاعدة الاقتصارعلى

المتيقن من النص والفتوى فى عقد المساقاة ـ المخالف لاصالة عدم الغرر (واخرى) بمنافاة عدم اشاعة النماء بينهما لوضع المساقاة (وثالثة) بان جملة من نصوصها مختصة بذلك ـ وقدمر الكلام في هذه الوجوه في كتاب المزارعة وعرفت فساد الجميع وانما بنينا على اعتبار ذلك فى المزارعة لنص خاص مفقود فى المقام ـ و لكن الاجماع على عدم الفصل بينهما ـ بل الاجماع على اعتبار ذلك في المقام نفسه يكفي في الحكم باعتباره ـ ثم ان هاهنا فروعا مترتبة على اعتبار هذا الشرط قد ذكرناها فى باب المزارعة فلا نعيد

(و)السادس مما قالوا انه يعتبر فيما يساقى عليه (**ان يكون على اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه**) وهذا ينحل الى امور .

١ ـ اعتبار كونه اصلا ثابتا و المراد به ما كان كالنخل والشجر الذي له ساق فلا تصح المساقاة على نحو البطيخ و الباذنجان قال فى التذكرة لايثبت المساقاة عليها اجماعا و فى العروة و لكن لايبعد الجواز للعمومات وان لم يكن من المساقاة المصطلحة بل لايبعد فى مطلق الزرع كـك فان مقتضى العمومات الصحه بعدكونها من المعاملات العقلائية و لا تكون من المعاملات الغررية عندهم غاية الامر انها ليست من المساقاة المصطلحة (اقول) حيث ان مقدار الحاصل غير معلوم فلا محالة يلزم الغرر و عليه فلا وجه للتمسك بالعمومات الدالة على امضاء كل عقد عقلائي لانها خصصت بمادل(١) على النهى عن الغرر ـ واما بناء العقلاء على هذه بالخصوص فقد يقال انه بضمية عدم ردع الشارع كاف فى البناء على المشروعية و به يقيد اطلاق دليل الغرر (و لكن) يتوجه عليه ان مادل على النهى عن الغرر يصلح للرادعية فلا دليل على الامضاء (فان قيل) ان رادعيته دورية لتوقفها على عدم امضاء ذلك البناء الخاص وهو متوقف على رادعية النهى عن الغرر والافلا ردع غيره فيستكشف الامضاء فهى غير معقولة (قلنا) ان رادعيته متوقفة على ثبوت موضوعه وصدقه على المورد لاعلى شيء آخر ولو امضى الشارع الاقدس البناء الخاص لزم منه تقييد دليله فلا تتوقف

---

(١) التذكرة ج١ ص٤٦٦ ـ مسألة الطير في الهواء وقدسبقه الشيخ في الخلاف

رادعيته على عدم امضاء ذلك بل الامضاء متوقف على عدم رادعية النهى عن الغرر ـ وعليه فلا يبقى سوى النصوص الخاصة ـ وهى ـ اخبار(١) خيبر ـ و خبران (٢) اخران ـ و مورد الجميع ماله ساق فثبوت الحكم فى غيره يحتاج الى دليل مفقود .

٢ ـ اعتبار كون ما يساقى عليه من الاشجار التى لها ثمرة فما لا ثمرة له وانما له ورق ينتفع به اوورد او نحوذلك كالحناء لاتصح المساقاة عليه ـ وهذا ايضاً مشهور بينهم وتردد المحقق فى الحكم بل مال المصنف ره فى محكى القواعد والشهيد الثانى فى المسالك الى الجواز ـ وفى الجواهر ولوقيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعاً لغيرها من اشجار الفواكه فتجوز ومستقلة فلا تجوز لكان وجيها (واستدل) للمنع بان هذه المعاملة باشتمالها على ضرب من الغرر بجهالة العوض على خلاف الاصل فيقتصر فيها على محل الوفاق وهو شجر الثمرة ـ وللجواز بان الورق المقصود كالثمرة فى المعنى فيكون مقصود المساقاة حاصلا ـ وبما فى المسالك وفى بعض الاخبار ما يقتضى دخوله (اقول اما) وجه المنع فهو متين لو لم يكن فى الاخبار ما يشهد بالدخول والا فمعه لاوجه للاقتصار على المتيقن (واما) الوجه الاول للجواز فيدفعه ان حصول المقصود لايكفى فى الصحة بعد كون مقتضى القاعدة عدمها واحتياج الصحة الى دليل (واما) الوجه الثانى له فليس المراد بالخبر المقتضى للدخول النص الخاص بل المراد به اما اخبار خيبر لغلبة الظن بوجود هذه الاشجار فى خيبر بل عن جامع المقاصد كاد يكون معلوماً ـ واما خصوص (٣) ماتضمن منها ان النبى ﷺ عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر وما من ادوات العموم ـ واما ما تضمن منها المساقاة على ماله ثمرة والثمرة شاملة لها ـ واما خبر (٤) يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل ارضه وفيها رمان ـ اونخل ـ اوفاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب كتاب المزارعة والمساقاة ـ

(٢ـ٤) الوسائل ـ باب ٩ من ابواب كتاب المزارعة والمساقاة

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب كتاب المزارعة حديث٢

ولك نصف ما اخرج قال عليه‌السلام لا بأس. بدعوى عموم الفاكهة ـ والكل حسنة. و عليه فالاظهر جواز المساقاة على الاشجار التى ينتفع بورقها كالتوت والحناء

٣ ـ ان ينتفع به مع بقائه فلو انعدم بالانتفاع لا يصح المساقاة و وجهه واضح مما قدمناه .

٤ـ يعتبر ان يكون ثابتاً مغروساً فلا يصح فى الودى اى الفسيل قبل الغرس والظاهر انه لا خلاف يعتد به فى اعتباره و وجهه اختصاص النصوص بمـا هو ثابت والاستدلال للصحة فى غير الثابت بالعمومات قد عرفت فساده من جهة تقييدها بما دل على النهى عن الغرر.

ثم انه لاخلاف **(و)** لااشكال فى انه **(تصح)** المساقاة **(قبل ظهور الثمرة)** كما لاخلاف **(و)** لااشكال فى عدم صحتها بعد البلوغ والادراك بحيث لايحتاج الى عمل غير الحفظ والاقتطاف لانها والحال هذه قد ملكها رب البستان ولم يحصل بالمساقاة زيادة الثمار فلاموضوع للمساقاة .

انما الخلاف فى صحتها اذا كان **(بعد)** ظهور **(ها)** قبل البلوغ **(مع الاستزادة بالعمل)** فالمشهور بين الاصحاب على ما فى الحدائق الصحة (و استدل) لها بان الغرض من المساقاة تحصيل الثمارة او جودتها. فتجوز فى الفرض تحصيلا لتلك الفائدة وايدذلك فى المسالك بان العقد ح ابعد عن الغرر للموثوق بالثمرة فيكون اولى مما لو كانت معدومة (ولكن) الاول مردود بان الصحة تتوقف على دليل و مجرد وجود الغرض لا يكفى فى ذلك ـ و يرد على الثانى ان الاولوية المزبورة غير قطعية ـ فالاظهر عدم الصحة لاختصاص خبر شعيب المتقدم و قصة خيبر بمـا قبل الخروج فلا دليل عليها بعده والاصل عدمها كما مر ـ

احكام المساقاة

الموضع الثانى فى احكامها ـ وفيه مسائل ـ الاولى ـ فى العمل ـ لا اشكال فى انه يعتبر كون عمل على العامل ليتحقق به عنوان هذه المعاملة ـ وهل يعتبر السقى

بالخصوص عليه فلاتصح المساقاة على اشجارلاتحتاج الى السقى لاستغنائها بماءالسماء او لمص اصولها من رطوبات الارض وان احتاجت الى اعمال اخر- نظرا الى اقتضاء عنوان المساقاة ذلك - و اختصاص خبر شعيب بن يعقوب المتقدم به- ام لايعتبر ذلك لان عنوان المساقاة لم يؤخذ فى خبر من الاخبار وانما هى من اصطلاح العلماء من جهة الاحتياج الى السقى غالباً وجعله على العامل و الا فاخبار خيبر التى هى العمدة فى المقام خالية عن ذلك- وخبر شعيب لامفهوم له كى يدل على عدم الصحة بدونه سيما وان السقى فى كلام السائل- وجهان اوجههما الثانى.

ثم انه لاخلاف بينهم فى ان بعض الاعمال على المالك وبعضها على العامل **(و)** قالوا ان **(اطلاق العقد يقتضى قيام العامل بكل ما)** يتكرر كل سنة و **(يستزاد به الثمرة)** فى الكم او الكيف كاصلاح الارض بالحرث او الحفر حيث يحتاج اليه وما يتوقف عليه من الالات وتنقية الاجاجين وتنقية الانهار والسقى ومقدماته المتكررة كالدلو والرشا واصلاح طريق المـاء و تنقيتها من الجمائة واستقاء المـاء و تهذيب جرائد النخل والكرم والتلقيح واللقاط والتشميس واصلاح موضعه وحفظ الثمرة الى موقع التقسيم وما شاكل **(و)** ان **(على المالك)** ما لايتكرر فى كل سنة - اولا يستزاد به الثمرة ولا يؤثر فى جودتها **(كبناء الجدران وعمل الناضح والخراج)** وماشاكل ولادليل على شىء مـن الضابطين - سوى انه فى المساقاة بحسب الطبع - الارض و ما يتبعها على المالك - والعمل وما يرتبط به مما هو دخيل فى فعلية وجود الثمرة على المالك - و لعله الى هذا يشير التعليل فى خبر الكندى المتقدم فى الخراج المتضمن انه على المالك- بانه على ارضك.

ثم انه وقع الخلاف فى بعض الامور انه على المالك او العامل مثل البقر الذى يدير الدولاب والكبش للتلقيح وبناء الثلم ووضع الشوك على الجدران و غير ذلك- والاقوى فى الجميع انه ان كان هناك عادة موجبة لكونها على المالك او العامل والا فلابد فى العقد من التعيين على المالك او العامل او عليهما معا دفعا للغرر.

ثم انه لايعتبر فى صحة المساقاة كون جميع العمل على العامل بل لو شرط كون

بعضه على المالك صحت فان كان المشروط هو ما عليه كان تاكيدا - وان كان غيره فانما تصح او كان بعض ذلك - والا فتبطل لان الحصة انما تستحقها العامل بالعمل فاذا دفعه عنه لم يستحق شيئا - نعم لافرق فى ما يبقى على العامل بين الاقل والاكثر بشرط ان يكون ما يستزاد به الثمرة كما مر -

ثم انه لاخلاف بينهم فى انه لايجب على العامل العمل بالمباشرة ويجوز له ان يستاجر الغير للعمل - و عليه فيجوز ان يستاجر المالك له فتكون الارض والعمل منه و اجرة العمل على العامل والحاصل بينهما على ما شرطا - و لو شرطا ذلك فى العقد صح *

ولو شرط العامل على المالك اجرة العمل فان كان مع عدم ابقاء شيء من العمل على العامل بطل لمنافاته لوضع المساقاة - وان كان مع ابقاء شيء منه مما يستزاد به الثمرة صح (وما) عن المبسوط من البطلان لمنافاته موضوع المساقاة الذى هو ليس الا دفع الاصول من المالك (يدفعه) انه لادليل على اعتبار ذلك بنحو ينافيه اشتراط خلافه - وان كان مع بقاء مالا يستزاد به الثمرة ففى المسالك ذكر فيه وجهان - ولكن قد ظهر مما قدمناه ان الاظهر هو البطلان -

الثانية فى بيان حكم ما لو بطلت المساقاة وانه هل يستحق العامل شيئا ام لا (و) المشهور بين الاصحاب انه (**مع بطلانها يثبت للعامل اجرة المثل**) وقد مر الكلام فى نظير المسألة فى باب المزارعة فيما اذا بطلت و جميع ما ذكرناه فى تلك المسألة جارية فى المقام فلا وجه للاعادة - (**و**) مما ذكرناه هناك يظهر ان (**النماء لربه**) فى المقام .

كراهة اشتراط الذهب والفضة

الثالثة لااشكال (**و**) لاخلاف فى انه (**لو شرط على العامل مع الحصة ذهبا او فضة**)

جاز لانه شرط ليس مخالفا للكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد فيشمله دليل(١) وجوب الوفاء بالشرط - انما الكلام فى موردين .

احدهما فيما افاده بقوله (**كره له**) وهذا وان كان مشهورا بينهم بل عن غير واحد نفى الخلاف فيه - الا انه لا دليل عليه - ولا وجه لما فى الجواهر - قال و لعل مثل ذلك كاف فى ثبوتها للتسامح فيه - فان التسامح انما هو فى السنن والمستحبات لا فى المكروهات - مع انه فيما اذا ورد خبر ضعيف ولا دليل على التسامح بدونه ولو مع فتوى المشهور .

ثانيهما ان اكثر الاصحاب بعد ما قالوا فى فرض الاشتراط (**ووجب الوفاء**) الذى يقتضيه عموم دليل الشرط - قيدوه بقولهم (**مع سلامة الثمرة**) فلو تلفت الثمرة اجمع بآفة لم يلزم الوفاء به وكذا اذا لم تخرج - وعن جماعة وجوب الوفاء به وعدم سقوط الضميمة - و فصل بعضهم بين صورة عدم الخروج اصلا فتسقط و صورة التلف فلا (واستدل) للاول بامتناع استحقاق احد العوضين او بعضه بدون ما يقابله من العوض الاخر فان الشرط جزء من العوض - وبان الفائدة ركن فى المساقاة فمع عدمها لا يكون شىء فى مقابل العمل والضميمة المشروطة لا تكفى فى العوضية فتكون المعاملة باطلة من الاول ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط (ولكن) يرد على الاول ان الشرط ليس جزء من العوض بل هو التزام مستقل فى ضمن التزام و لذا تخلفه يوجب الخيار لا فساد العقد ولا سقوط شىء من العوض - ويرد على الثانى - ان حقيقة المساقاة بحسب الارتكاز العرفى هى المشاركة فى استخراج الاثمار بضم العمل من احدهما الى الاصول من الاخر على ان تكون الفائدة بينهما نظير المزارعة و المضاربة و يستتبع العقد عليها تسليط من المالك للعامل على الاصول للاستنماء له وللمالك فليست الفائدة ركنا فى المساقاة بالمعنى المزبور ولذا لا يستحق العامل اجرة عمله اذا لم تخرج او خرجت وتلفت فى غير صورة ضم الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الاول واحترام عمل المسلم (فان قيل) فعلى هذا يلزم صحة المساقاة مع الاطمينان بعدم الفائدة (قلنا) مضافا الى ان

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

المعاملة المفروضة سفهية - انه لايتمشى القصد الجدى الى المعاملة مع الاطمينان بعدم الفائدة - مع انه لوسلم كون المساقاة من المعاوضات لاالمشاركات فالمعاوضة انما هى بين العمل من العامل وبين منفعة الارض و تسلط العامل على الاصول و الفائدة خارجة عن طرفى المعاوضة - اضف الى ذلك كله انه لو تم ماذكر وجها للبطلان - فانما هو فى صورة عدم الخروج لا فى صورة خروج الفائدة و تلفها - لان العامل يملك حصة من الثمرة بالظهور فاذا تلف بعضها تلف فى ملكه بعد استحقاقه اياه فالاظهر هو لزوم الوفاء بالشرط و عدم السقوط.

واولى من ذلك فى عدم السقوط و و جوب الوفاء - مالوشرط من العامل على المالك و المحقق الثانى ره بعد حكاية السقوط و عدم وجوب الوفاء فى هذه الصورة عن التذكرة والتحرير - قال وفيه نظر لان العوض من قبل العامل وهو العمل قدحصل و الشرط قد و جب بالعمل فكيف يسقط بغير مسقط - فان تلف احد العوضين لايوجب سقوط البعض الاخر مع سلامة العوض الاخر انتهى - و تبعه فى المسالك ويرد عليهما (اولا) ان المساقاة من المشاركات لاالمعاوضات (وثانيا) انها لوكانت من المعاوضات فاحد العوضين العمل - والاخر التسليط على الاصول - لاالفائدة (وثالثا) ان الشرط ليس جزء لاحد العوضين كما مر (ورابعا) ان تلف احد العوضين اوعدم وجوده يوجب السقوط بحسابه من الاخر فيلزم فى الفرض استحقاق العامل زايدا على الشرط اجرة بعض عمله المقابل للفائدة على ماافاده.

وبما ذكرناه ظهر حكم ما لوكان التالف البعض خاصة فى الصورتين - فانه لااشكال على ما ذكرناه فى عدم سقوط الضميمة و و جوب الوفاء بالشرط - وكذا فى صورة القصور فى الخروج (لكن) فى محكى القواعد وفى تلف البعض الاخرا وقصور الخروج اشكال (وافاد) المحقق الثانى ره فى منشأ الاشكال - بقوله من ان الشرط محسوب من احد العوضين ولا ريب فى ان مجموع احد العوضين بمجموع الاخر فيقابل الاجزاء بالاجزاء فاذا تلف بعض احد العوضين وجب ان يسقط مقابله من العوض الاخر - الى ان قال - ومن ان مقابلة الاجزاء بالاجزاء فى عوض المساقاة منتفية

لان الفائت والتالف عند حصول التلف اونقصان الخروج غير معلوم فلو تحققت المقابلة لم يكن الساقط فى مقابله معلوما انتهى (ويرد) عليه مضافا الى ماتقدم ان عدم معلومية الساقط لايوجب وجها لعدم مقابلة الاجزاء بالاجزاء اذا كانت حقيقة المعاوضة مقتضية للمقابلة -- مع انه لوسلم فانما هوفى صورة نقصان الخروج لاصورة التلف بعد الظهور (ثم ان) جميع ما ذكرناه . انما هى فى صورة عدم الشرط والافان اخذ خروج الثمرة وسلامتها شرطالالتزامه فلااشكال فى سقوط الضميمة وعدم وجوب الوفاء بالشرط مع تلف الثمرة اوعدم خروجها ـ و لذلك ربما يقال انه لايبعد ان يكون خروج الثمرة وسلامتها عن التلف شرطا ضمنيا لالتزامه ولوتم فلا اشكال فى السقوط لوانتفى احدا لامرين ـ الاان الظاهر عدم تماميته .

اشتراط مساقاة فى ضمن مساقاة اخرى

الرابعة ـ اذا قال ساقيتك على هذا البستان بكذا على ان اساقيك على الاخر بكذا (فعن) الشيخ انه يبطل لانه كالبيعين فى بيع المنهى عنه ـ ولعدم لزوم هذا الشرط الذى هو بمنزلة الوعد والفرض انه سبب فى زيادة العوض اونقصانه ولم يعرف مقدار ذلك فيتجهل ويبطل (وفيه) ان مفروض المسئلة لوكان نظير شيء فانما هو نظير مالوباع شيئاً بثمن معين بشرط ان يبيعه شيئاً آخر بثمن آخر الذى ليس منهيا عنه فان المنهى (١) عنه البيع حالا بكذا ومؤجلا بكذا ـ والبيع على تقدير بثمن وعلى تقدير آخر بثمن آخر ـ واى ربط لذلك بما نحن فيه (واما) ما افاده من عدم لزوم هذا الشرط فيرد عليه انه لاوجه له بعد عموم وجوب الوفاء بالشرط وكونه شرطاً فى ضمن عقد لاكونه وعدا ـ مع ان عدم وجوب الوفاء به لايوجب بطلان العقد و ان صار داعيا للزيادة اوالنقصان فان تخلف الدواعى والاغراض وان كانت دخيلة فى الزيادة والنقصان لايوجب خللا فى العقد ـ فالاظهر هى الصحة ولزوم الوفاء بالشرط (فان قيل) ان هذه المعاملة على خلاف القواعد كما مر فلابد من الاقتصار على المتيقن وهوفاقد الشرط

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب احكام العقود كتاب التجارة

(قلنا) انه لو كان الشرط جزء لاحد العوضين كان ما افيد تاما واما على ماهو الحق من كونه خارجاً عن العقد والتزاما مستقلا في ضمنه فلا يتم لعدم قصور في العقد وعدم زيادة شيء فيه ولا نقصانه منه كي يتوهم عدم شمول دليل الامضاء له .

الخامسة في جواز مساقاة العامل غيره ان لم يشترط المباشرة ـ اقوال ـ ثالثها ـ عدم الجواز قبل ظهور الثمرة والجواز بعده ـ رابعها ـ الجواز مع اذن المالك وعدمه بدونه ـ اقواها المنع مطلقا (لا) لما افاده في المسالك من ان الاصل في هذه المعاملة ان تقع على الاصول المملوكة للمساقي والعامل لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها ـ وباختلاف الناس في العمل وتفاوت الاغراض فيه ـ فان شيئا من ذلك لا يصلح دليلا للمنع ـ اذ كون المعاملة على الاصول لا يقتضي عدم الجواز من المساقي بعد معلومية ارادة سقيها ونحو ذلك من المعاملة عليها فهي ح كالارض في المزارعة فكما لا يعتبر هناك الملكية كك في المقام ـ واختلاف الناس في العمل مشترك فيها وفي المزارعة والاجارة (بل) لان هذه المعاملة على خلاف القواعد باعتبار الغرر والجهالة ولا نص خاص في المقام ومقتضى الاقتصار على المتيقن هو ذلك ـ وبه يظهر عدم الفرق بين اذن المالك وعدمه ـ ولا بين ظهور الثمرة وعدمه ـ

المغارسة باطلة

تذييل ـ المغارسة معاملة خاصة على الارض ليغرسها العامل على ان يكون الغرس بينهما وهي مفاعلة منه و هي باطلة عندنا كذا في المسالك ـ و في الجواهر الاجماع بقسميه عليه ـ وعن المحقق الاردبيلي وصاحب الكفاية الاشكال فيه وفي العروة وهو في محله ان لم يتحقق الاجماع وتبعه جمع من محشيها (واستدل) للاول بان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع وهو منفي هنا ـ ولكن لو كان مدرك البطلان ذلك امكن الاشكال فيه بانه وان لم يرد نص خاص بمشروعيتها ومايظهر من بعض النصوص محمول على وقوع ذلك بعقد صلح او اجارة لا على مشروعية هذا العقد الا انه يكفي في الحكم

بالصحةمادل(١)على وجوب الوفاء بالعقد-الشامل للعقود العقلائيةغير ماله عنوان خاص فى الاخبار -فالصحيح ان يستدل له بان ذلك العموم قد خصص بما(٢)تضمن النهى عن الغرر الكافى فى الردع لو كان هذا عقدا خاصا ومعاملة مخصوصة-فصحته تتوقف على دليل خاص مفقود- فالاظهر هو البطلان.

وعلى البطلان فالغرس لصاحبه بلا كلام -وهل للاخر عليه اجرة مثل عمله لو كان لمالك الارض واجرة المثل للارض مدة شغله بها لو كان للعامل-ام ليس له ذلك ام يفصل بين صورة جهل الغارس فالاول وعلمه فالثانى اقوال اظهرها الاول-لا لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لما مر من ان عموم الموصول فيها اصنافى لا افرادى وهذه المعاملة ليس لها صنفان صحيح وفاسد فلا تشملها القاعدة-بل لاستيفاء منفعة مال الاخر اوعمله وقدمر ان مقتضى قاعدة على اليد وغيرها ضمان المنافع المستوفاة-ومافى ضمنها من الاذن ليس اذنا فى الاستيفاء مجانا كى ينافى مع الضمان بل بعوض فهو يؤكد الضمان ولا فرق فى ذلك بين صورة العلم بالبطلان و الجهل به .

وهل للمالك قلع الغرس -او امره به- ام يجب عليه الابقاء مع الارش او بدونه- وجوه -وقد تقدم تنقيح القول فى ذلك فى باب المزارعة فى مسألة المزارعة الفاسدة فانها نظير المقام فلا نعيد ما ذكرناه .

الجعالة

(الفصل الثالث فى الجعالة) وهى بتثليث الجيم وكسرها اشهر كذا فى المسالك وهى كما ذكروه لغة اسم لما يجعل للانسان على عمل شىء -ولا حقيقة شرعية لها ولا متشرعية بل فى الشرع تستعمل فيما وضعت له غاية الامر اضاف الشارع الاقدس فى موضوع الاثار قيودا و الى هذا نظرهم - حيث قالوا وهى شرعا التزام عوض عمل محلل مقصود .

---

(١) سورة المائدة آية٢

(٢)التذكرة ج١ ص٤٦٦

و كيف كان فلاخلاف بين المسلمين فى مشروعيتها و عليها الاجماع فى كثير من الكلمات - و الاصل فى شرعيتها - مضافا - الى عمومات امضاء المعاملات كقوله تعالى (١) «و لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل - الا ان تكون تجاره عن تراض» وتخصيصها بالتجارات والعقود التى كانت متعارفة فى زمان صدورها بلاوجه - بعد كونها متضمنة لبيان الحكم الخالد الباقى فى جميع الاعصار وكونها من قبيل القضايا الحقيقية (مع) ان الجعالة من التجارات التى كانت متداولة فى ذلك الزمان - قوله سبحانه (٢) «ولمن جاء به حمل بعير» بناء على ماهو الحق من حجية مثله مالم يعلم النسخ وجملة من النصوص كخبر (٣) عبدالله بن سنان قال سمعت ابى يسأل اباعبدالله عليه السلام وانا اسمع فقال ربما آمر الرجل فيشترى لنا الارض والدار والغلام والجارية ونجعل له جعلا قال عليه السلام لاباس - الى غير ذلك من النصوص الاتى طرف منها فى ضمن المباحث الاتية - و تنقيح القول فيها فى موضعين - الاول - فى حقيقتها و ما يعتبر فيها و فى الجاعل و العامل - الثانى فى الاحكام.

اما الاول فقدوقع الخلاف فى انها من العقود اوالايقاعات - صريح المتن حيث قال (**ولا بدفيها من الايجاب و القبول**) هوالاول وظاهر الشرايع انها تتحقق بكل من الوجهين - حيث انه صرح اولا بانها لاتفتقر الى قبول ثم ذكر بعد ذلك انها عقد جائز و المراد انه لا يشترط فى تحققها القبول و الافلو اوقعت بنحو الايجاب و القبول تكون عقدا.

و الاظهر عدم اشتراط القبول لان العقد انما هو فيما يتوقف تحققه على الالتزامين من الطرفين واما ما حقيقته وقوامه بجعل واحد والتزام فارد فهو ليس من العقود و المقام كك فان الجعالة من قبيل التسبيب الصادر من الشارع نحو من فعل كذا فله كذا المعلوم عدم كونه عقدا - وبالجملة الجعالة بمالها من المفهوم العرفى

---

(١) النساء آية ٢٩
(٢) سورة يوسف آية ٢٧
(٣) الوسائل باب ۴ - من ابواب الجعالة حديث ١

الذى عليه بناء العقلاء من الانشائات القائمة بشخص واحد فهى من الايقاعات .

ويؤيده امور-١ - ماذكروه من انه لوانشأها الجاعل وعمل العامل بغير قصد الى الجعالة بل ومع الغفلة عنها وعن كون فعله قبولا صح عمله واستحق الجعل ولو كانت من العقود لزم عدم صحته وعدم استحقاقه الجعل لعدم تمامية الجعالة وما عن بعضهم من كفاية الرضا الباطنى ولو التقديرى منه فى القبول و هو حاصل لاوجه له بل هذا فى الحقيقة التزام بعدم اشتراط القبول -٢- انه لو كانت الجعالة من العقود لزم مقارنة القبول لايجابها كما هو الشان فى العقود على المشهور - مع انه يجوز الجعالة و ان طال العمل المتوهم كونه قبولا و وقع الفصل بينه و بين الايجاب -٣- ترتب اثرها على من لم يرد الفعل اولا ثم اراد وفعل حتى لو تلبس بالعمل ثم رفع يده عنه بل ردها ثم عاد اليه- اذ لو كان ذلك من العقود افتقر الى ايجاب آخر بعد الرد -٤ - صحتها من غير مخاطب خاص - وممن لم يسمع عبارة الجعل- الى غير تكلم من الاحكام والاثار المنافية لكونها من العقود- و اما ما عن التذكرة من الاجماع على انها عقد جائز- وعن جامع المقاصد ظاهرهم انها من العقود الجائزة فيكون القبول فيها فعليا- فمحمولان على ارادة ماقدمناه من انها تتحقق بكل من الوجهين اوعلى ارادة الدهد منه لصدوره ممن ظاهره اوصريحه الايقاعية واما خبر (١) على بن جعفر عن اخيه عن رجل قال لرجل اعطيك عشرة دراهم وتعلمنى علمك وتشاركنى هل يحل ذلك له قال عليه السلام اذا رضى فلا باس -فلا ينافى ذلك لعدم ظهور الرضا فى القبول العقدى ومن الجائز ارادة عدم الباس مع تراضيهما على ذلك-فالمتحصل مما ذكرناه انها ليست من العقود وان كان يمكن تحققها بكل من الوجهين .

ثم انه لاتتحقق الجعالة بالعلم بالرضا الباطنى وان كان فعليا لما مر من انه يعتبر فى العقود والايقاعات اظهارها بمظهر من قول اوفعل - نعم لايعتبر لفظ مخصوص بل تتحقق بكل لفظ مبرز لها(**كقوله من رد عبدى او فعل كذا فله كذا**) اونحو

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الجعالة حديث١

ذلك وعن التذكرة الصيغة كل لفظ دال على الاذن فى العمل واستدعائه بعوض يلزمه كقوله من رد عبدى او خاط ثوبى او بنى لى حائطا اوما اشبه ذلك من الاعمال المحللة المقصودة فى نظر العقلاء وقريب من هذه العبارة عبارات غيرهما من الكتب الفقهية المتفقة على تحققها بكل لفظ من غير فرق بين من رد وان رددت وغيرهما (والظاهر) جريان المعاطاة فيها ـ بناء على ماتقدم فى كتاب البيع من ان جريانها فيه على القاعدة لامن جهة النص الخاص اوالاجماع ولذلك بنينا على جريانها فى جميع العقود والايقاعات الاما خرج بالدليل (ودعوى) ان المعاطاة من باب المفاعلة فيعتبر فى تحققها الفعل من الجانبين فتختص بالعقود (مندفعة) بان لفظ المعاطاة ليس عنوانا لموضوع الحكم والمراد بها الانشاء الفعلى ـ فتشمل كل فعل مبرز للاعتبار النفسانى وعلى ذلك بنينا عدم اعتبار العطاء فيها وتحققها بكل فعل مبرز للاعتبار ـ ولو كان حركة الرأس فى جواب من ساله هل لمن رد عبدك او فعل كذا ـ كذا .

ثم انه على القول بانها من العقود الظاهر عدم الخلاف (و)لا الاشكال فى انه **(لا يفتقر الى القبول لفظـا)** وهو مقتضى القاعدة كما اسلفناه .

الجعالة على العمل المحرم

(و)اما مايصح الجعالة فيه ـ فقد طفحت كلماتهم بانه **(يـجوز)** الجعالة **(على كل عمل محلل مقصود)** للعقلاء ـ و هو مما لا اشكال فيه فى الجملة ـ لاطلاق الادلة .

انما الكلام فى امور ١ ـ هل يصح الجعالة على الواجب املا كما صرح به جماعة حتى انهم قالوا وقال من دلنى على مالى فله كذا فدله من كان المال فى يده ام يستحق الجعل لان ذلك واجب عليه ـ وجهان مبنيان على ماتقدم فى المكاسب من جواز اخذ العوض على الواجب و عدمه ـ و حيث ان المختار كما مر جوازه فالاظهر هو الاول .

٢ ـ هل تصح الجعالة على الحرام املا ـ وجهـان قد استدل للثانى (بان)

العمل المحرم غير مملوك فلاملك حتى يملك بعوض (وبـان) المحرم لامالية له فلايقبل المعاوضة عليه (وبان) العمل المحرم لوسلم كونه ملكاومالاالاان الشارع الاقدس بتحريمه سلب احترامه و المال غير المحترم لايعوض بشيء لفرض انه هدر عند الشارع (وبـان) الحرمة سالبة للقدرة والسلطان على التصرف ومن المعلوم كون السلطنة من شرائط النفوذ- ولكن يرد (على الاول) ان العمل المحرم كيف لايكون مملوكا بعدان لاتقابل بين الملكية والحرمة باحد انحاء التقابل من التضاد و التناقض والتضائف بين المتعاندين في الوجود- والتقابل بالعرض والتبع متفرع على شرطية الاباحة للتملك (مع) انه لا يعتبر الملكية فى الجعالة - بل العمل قبل الجعالة ليس ملكا للعامل (وعلى الثانى) ان العمل المحرم ان كان فى نفسه مالا عند العقلاء فالنهى عنه لايكون معدما لماليته بل هو نهى عن ايجاد المال كما ان الامر باتلاف العبد الجانى امر باعدام المال (وعلى الثالث) ان هدر المال غير هدر المالية فمال الكافر الحربى مسلوب الحرمة من حيث المالية لجواز اخذه بلاعوض منه قهرا ومع ذلك يصح ايقاع المعاوضة عليه والاحترام من حيث المالية ليس مـن شرائط نفوذ المعاملة (وعلى الرابع) ان السلطنة الوضعية محفوظة مع الحرمة- والتكليفية ليست من شرائط نفوذ المعاملة -.

فالصحيح -ان يستدل له بمافى خبر (١) تحف العقول المتلقى بالقبول من تعليل فساد بيع ما الامنفعة محللة له بحرمة التصرف وكذا فى اجارة الانسان نفسه فيماهو محرم عليه، فيستفاد منه ان ماتمحض فى الجهة المحرمة لايجوز ايقاع اى عقد اوايقاع عليه فيفهم منه ان كونه محرما يوجب سقوطه عن المالية شرعا فلايعوض ويؤيده النبوى (٢) المشهور ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه- وجه جعله مؤيدا لادليلا عدم وجوده فى

---

(١) الوسائل - باب ٢- من ابواب مايكتسب به من كتاب التجارة حديث١

(٢) اورده العامة والخاصه فى كتبهم الاستدلالية - داجع البحار -ج٢٣ ص١٧- ومسند احمد ج١ ص٣٢٢ .

اصل من اصول العامة و الخاصة و الموجود فی اصولهم هكذا (١) ان الله اذا حرم على قوم اكل شیء محرم حرم عليهم ثمنه- وكيف كان فلا شبهة فی اعتبار اباحة العمل بمعنى عدم حرمته -

حكم الجهل بالعمل- او العوض

٣-لا اشكال فی انه يجوز الجعل على العمل (**وان كان مجهولا**) لا لما فی الشرايع من انه عقد جائز بل لان بناء مشروعيتها على جهالة العمل والغرض منها تحصيل الاعمال المجهولة فيقيد بدليلها اطلاق مادل على النهی عن الغرر و هذا واضح ،

انما الكلام فی انه هل يعتبر كون العوض معلوما كما هو المشهور بين الاصحاب ام لا -كما عن بعض وملخص- القول فيه ان معلومية العوض- تارة يراد بها التعيين المقابل للترديد -واخرى يراد بها ما يقابل الجهل الموجب للوقوع فی الغرر و الخطر- و ثالثة يراد بها ما يقابل الجهالة و لو لم توجب غررا - اما اعتبار المعنى الاول فواضح فان المردد من حيث هو مردد لا مالية له و لا وجود و لا تحقق فهو غير قابل للملكية والاستحقاق عقلا- واما الثانی فيشهد لاعتباره المرسل (٢) المروی فی كتب الفقهاء المتلقى بالقبول - نهى النبی ﷺ عن الغرر - و قد مر فی كتاب الاجارة الاشكال فی الاستدلال به والجواب عنه و بينا دلالته على بطلان كل معاملة غررية و منها الجعالة- واما الثالث فظاهر المشهور حيث قالوا الابد وان يكون معلوما بالكيل او الوزن او العددان كان مما جرت العادة بعده - اعتباره ولكن لا دليل عليه - فالاظهر عدمه كما مر فی الاجارة .

ثم انه لا فرق فی اعتبار المعلومية الرافعة للغرر بين كون الجهالة مانعة عن التسليم وعدمها (فما) عن القواعد لو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان

---

(٣) مسند احمد ج١ - ص٢٤٧ -و-٢٩٣ - السنن الكبرى ج٦- ص١٣

(٤) التذكرة ج١-ص٤٦٦

حسنا كقوله من رد عبدى فله نصفه- وعن المحقق الثانى تقويته- وعن الايضاح انه اصح و نفى عنه البعد فى محكى الروضة و فى الجواهر و لعله الاقوى (ان) اريد بها الجهالة بالحصول فهو قوى فانها كما افيد لا تمنع عن التسليم فى ظرف الاستحقاق وهو بعد الرد- وان اريد بها الجهالة حتى من ناحية اوصاف العبد الدخيلة فى المالية فلا يتم لعموم مادل على النهى عن الغرر- ورفع الغرر فى زمان التسليم لا يكفى فى البناء على الصحة كما فى ساير العقود والايقاعات.

ثم انه يعتبر فى الجاعل اهلية الاستيجار من البلوغ والعقل وعدم الممنوعية من التصرف فى امواله وغيرها لان مادل على اعتبارها فى الاجارة من حديث(١) رفع القلم وحديث(٢) رفع ما استكره عليه وماشابههما يدل على اعتبارها فى الجاعل- واما العامل فلا يعتبر فيه سوى امكان تحصيل العمل عقلا وشرعا- وذلك لتمامية الجعالة قبل العمل بلا دخل للعامل فيها وانطباق موضوع الحكم على فرده قهرى هكذا استدل فى المقام ولكن مقتضى اطلاق حديث رفع القلم عن الصبى والمجنون رفع كل حكم تكليفى او وضعى عن الصبى كان سببه فعله القصدى او غير القصدى -كان فى رفعه منة على الامة ام لم يكن- كان ترتب الاثر منوطا بكمال العقل واستشعار الفاعل ام لم يكن- وعلى ذلك فيشكل القول باستحقاق الجعل برد الصبى المميز من غير اذن وليه- كما عن التذكرة وفى المسالك وغيرهما «نعم» لو اكره البالغ العاقل على العمل - او كان محجورا - استحق الجعل - امافى الاول فلورود حديث نفى الاكراه فى مورد الامتنان ولا منة فى رفع هذا الاثر واما الثانى فلعدم كونه تصرفا ماليا كما انه لو اذن الولى يستحق غير المكلف الجعل ان عمل.

ولا يعتبر فى العامل التعيين بلا خلاف لاطلاق الادلة و فى صحة الجعل على

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من ابواب القصاص فى فى النفس.

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب جهاد النفس

عمل للغير كما لو قال من رد ضالة زيد فله كذا - كلام تقدم فى كتاب الاجارة وقد عرفت انه يصح الاستيجار عليه فضلا عن الجعالة بل تصح الجعالة على عمل يعود نفعه الى العامل نفسه اذا كان له غرض عقلائى.

الجعالة عقد جائز من الطرفين

الموضع الثانى فى الاحكام - والكلام فيه فى طى مسائل - الاولى - لاخلاف بينهم فى ان الجعالة من الامور الجائزة من الطرفين بمعنى تسلط كل من العامل والمالك على فسخها سواء جعلناها عقدا او ايقاعا (واستدل) له فى المسالك بانها من حيث عدم اشتراط القبول فيها بمنزلة امر الغير بعمل له اجرة فلا يجب المضى اليه من الجانبين (اقول) اما جواز فسخ العامل فلا ارى له وجها فان الجعالة عبارة عن الايجاب والاذن فى الفعل وحكمه بعد الاذن بيده ولا ربط لذلك بالعامل كى يكون له الفسخ. وكونه بحيث لو عمل استحق الجعل من آثار فعل الموجب وليس ذلك تحت اختيار العامل وقدرته - ولذا قال فى الجواهر فمعنى قولهم يجوز للعامل الفسخ انه لا يجب عليه الوفاء بالعمل - واما الجاعل فكما افاده يجوز له الفسخ - لما افاده و للاجماع و التسالم عليه - و هل يجوز ذلك حتى بعد التلبس بالعمل كلام سيأتى عند تعرض المصنف ره له.

الثانية اذا بذل جعلا على رد الضالة مثلا **(فان كان العوض معلوما لزم)** على الجاعل **(بالفعل)** بلا خلاف ولا اشكال **(والا)** كما لو ذكر عوضا ولم يعينه **(ف)** يجب عليه مع الفعل رد **(اجرة المثل)** لاحترام العمل والفرض انه لم يعمله مجانا (ودعوى) انه مع علم العامل ببطلان الجعالة يكون كالمتبرع فى عمله فلا يستحق شيئا (مندفعة) بانه لا يكون متبرعا فى عمله بل يعمل لاخذ العوض فكيف يكون بحكمه - هكذا استدلوا له فى المقام وغيره من نظائره وقدمر فى كتاب البيع والاجارة ان مدرك

قاعدة الاحترام - اما قوله (١) صلى الله عليه وآله لايحل مال امرأ مسلم الاعن طيب نفسه - أو قوله صلى الله عليه وآله (٢) حرمة ماله كحرمة دمه أوقوله (٣) لايصلح ذهاب حق احد - وشيء من تلكم لايدل عليها - اذ الاولان ظاهران فى الحرمة التكليفية بمعنى انه لايجبر المسلم على العمل ولا على اخذ ماله منه ولا يقهر عليهما ولانظر لهما الى الحكم الوضعى وهو الضمان - والثالث يدل على عدم ذهاب الحق والكلام انما هو فى ثبوته والحكم لايصلح لاثبات موضوعه وتمام الكلام فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح .

وعلى هذا فقد يتوهم عدم الضمان فى المقام من جهة ان الضمان اما بالعقد أو باليد (٤) أو بالاتلاف (٥) وشيء من تلكم لامورد له فى المقام - اما العقد فلفساده واما قاعدة اليد فهى وان كانت تشمل المنافع لان اليد على العين تستتبع اليد على المنافع لكنها لاتشمل عمل الحر - واما قاعدة الاتلاف فلان سببية العامل فيه اقوى من الامر لانه المباشر كما لو امره باتلاف مال الغير واكل طعامه فان المتلف هو الضامن لاالامر (ودعوى) ان استيفاء العمل الذى له مالية - كاستيفاء المنفعة ذات المالية موجب للضمان كما عن الشهيد الثانى (مندفعة) بان ذلك محتاج الى دليل .

ولكن يمكن ان يستدل للضمان بقاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ،الجعالة الصحيحة موجبة للضمان فكذلك الفاسدة منها - ومما ذكرناه يظهر انه لاضمان لو استدعى الرد ولم يبذل الاجرة ولاشيء للراد كما فى الشرايع وعن القواعد والارشاد والتحرير بل قيل هو قضية كلام اللمعة (نعم) يمكن ان يقال باجرة المثل لو جرت العادة باجرة

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى - والمستدرك ج١ ص ٢١٢ - والاحتجاج ص٢٦٧ - مع اختلاف فى المتن .

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣

(٣) الوسائل باب ٤٠ من ابواب الشهادات حديث ١ و ٤

(٤) كنز العمال ج٥ ص٢٥٧ - سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠

(٥) قاعدة مستفادة من الاخبار الواردة فى الموارد الخاصة

امثله فان ذلك ح يكون نظير الجعالة على عوض مجهول ولا اقل من انه ح امر بالعمل بعوض الذى هو نظير الاباحة بعوض معاملة مستقلة صحيحة ويستحق فيه العامل الاجرة المسماة مع معلومية العوض - و عليه فهو فاسد مافى صحيحه الضمان فيضمن به .

وكيف كان فالذى يستحقه هو اجرة المثل فى جميع موارد الفساد **(الا فى البعير و الابق)** فان المشهور انه تارة **(يوجدان فى المصر فعن كل واحد دينار و)** اخرى يوجدان **(فى غير المصر)** فمن كل واحد **(اربعة دنانير)** و المدرك خبر(١) مسمع بن عبدالملك كردين ابى سيار عن الصادق عليه السلام ان النبى صلى الله عليه وآله جعل فى جعل الابق دينارا اذا اخذ فى مصره وان اخذ فى غير مصره فاربعة دنانير وقد عمل به المشهور كما اعترف به غير واحد - وعن الرياض ان الشهرة به عظيمة قديمة ومتاخرة - وعن المقتصر انه مؤيد بعمل الاصحاب وشهرته حتى صار العمل به قريبا من الاجماع - وعن الخلاف بعد الفتوى بما تضمنه دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم - وعن المقنعة انه ثبتت السنة عن النبى صلى الله عليه وآله بذلك فضعفه منجبر بالعمل و باخبار اخر - فلا وجه لاشكال المصنف ره فى القواعد فى الحاق البعير بالعبد الابق فى هذا الحكم - واضعف منه اشكال الشهيد الثانى فى هذا الحكم فى الموردين اضعف سند الخبر.

الثالثة **(ولو تبرع)** من لم يبين الجعالة له **(فلا اجرة له سواء جعل لغيره اولا)** بلا خلاف فى عدم الاجرة للعامل لانه متبرع على الفرض وقد مر حصر موجبات الضمان فى عدة امور لاينطبق شىء منها على المقام - واما عدم الجعل لمن جعل له - فلان الجعل انما هو بازاء العمل الممتنع لان الحاصل لا يتحصل فيفسخ المعاملة وفى المسالك هذا اذا شرط على المجعول له العمل بنفسه اوقصد الراد العمل لنفسه او اطلق اما لورده نيابة عن المجعول له حيث يتناول الامر النيابة فانه لايضيع عمله وكان الجعل لمن جعل له انتهى - (وفيه) ان مجرد قصد النيابة مع عدم امر من المنوب عنه

---

(١) الوافى الجزء العاشر ص٥٦- التهذيب ج٦ص٣٩٨ ح٤٣

ولا عمل فى ذمته لايجعله نائبا ـ ولافعله فعله .

(ولو تبرع الاجنبى بالجعل لزمه مع العمل) وان لم يعد نفعه اليه ولا يلزم على المالك شيء للعامل ولا المباذل بلاخلاف ولا اشكال لما مر من انه لايعتبر كون الجعل من المالك ـ

العامل يستحق الجعل بالتسليم

الرابعة **(ويستحق)** العامل **(الجعل بالتسليم)** بيد المالك مع التصريح بالجعل على ذلك او الاطلاق بناء على ان المتبادر من الرد القبض .. فاوجاءبه الى البلدا والمنزل ففر لم يستحق الجعل بلاخلاف لعدم تحقق ما جعل العوض بازائه ـ نعم ـ لوصرح بما لايقتضى التسليم كالايصال الى البلد استحق الجعل بايجاده و هو واضح وهل الموت كالفرار فى عدم استحقاق شيء من الجعل كما عن التذكرة والمسالك وغيرهما ام يستحق العامل فى الموت بالنسبة كما عن القواعد احتماله وعن الايضاح اختياره وجهان ـ اظهرهما الاول ـ لان الجعل انما هو على العمل الخاص المنتفى فى الفرض ـ وعدم كون المانع من قبل العامل ـ لايصلح منشئاً للاستحقاق .

الخامسة قد عرفت انه لااشكال ولا خلاف فى ان الجعالة جائزة قبل التلبس بالعمل **(و)** اما **(مع التلبس بالعمل)** ففيه قولان ـ احدهما ـ انه **(ليس للجاعل الفسخ بدون اجرة ماعمل)** وان كان للعامل ذلك فتصير الجعالة لازمة من طرف وباقية على الجواز من الطرف الاخر وهو مختار الماتن هنا والمحقق فى الشرايع وعن المبسوط والارشاد ـ بل ظاهر المتن كالمبسوط توقف فسخ الجاعل على دفع الاجرة ـ ثانيهما ـ انه لافرق بين قبل التلبس و بعده وهو المشهور و فى المسالك دعوى الاجماع عليه و الاظهر هو الثانى لانه لم يطرأ ملزم لها بالتلبس و الاستصحاب يقتضى بقاء جواز الفسخ وعليه فلوفسخ الجاعل فحيث انه لامعنى لفسخ بعض وابقاء بعض فلامحالة لايستحق من الجعل بالنسبة وانما يستحق اجرة مثل عمله ـ كمالايخفى

السادسة (و) لو عقب الجعالة على عمل معين بعوض - بجعالة اخرى وزاد في العوض او نقص (يعمل بالمتاخر من الجعالتين) بلا خلاف مع سماع الجعالتين قبل التلبس بالعمل لان الثانية تقتضي فسخ الاولى بعد ان لا وجه لصحتهما معا الامع ارادة زيادة الجعل - ولكنها خلف الفرض - اما اذا لم يسمع العامل الا احدى الجعالتين - فعن المحقق الكركي والشهيد الثاني ان العبرة بما سمعه منهما سواء كانت الاولى او الثانية وعن المصنف ره في التذكرة انه ان كان المسموع هي الثانية فالعبرة بها والّا فيرجع الى اجرة المثل -

و الحق ان يقال انه لا وجه لكون العبرة بماسمعه مطلقا فان المسموع ان كان هو الاولى فقد انفسخت بالثانية فلابقاء لها كي تقتضي استحقاق مافيها من الجعل ولا غرور بعد ان اقدم على عقد جائز للمالك فسخه في كل وقت وكان له طريق الى الزامه به بصلح ونحوه - واما اجرة المثل فقد اورد على البناء على استحقاقها بانه اقدم على الجعل المسمى فيستحقه دون اجرة المثل خصوصا مع زيادتها عليه - و يرده ان اقدامه على المسمى - ليس من المعينات له بعد سقوطه بالفسخ بالثانية - فالحق هو ثبوت اجرة المثل في هذا الفرض - نعم ان كانت الاجرة المسماة في الثانية ازيد من المثل لا يبعد القول باستحقاقها لانه لا يعتبر سماع الجعالة في استحقاق الجعل كما سمعته - وانما لانلتزم به في صورة كونه اقل لصدق الغرور فانه وان لم يصدق على ما لو فسخ الاولى لما ذكرناه الا انه يصدق على ما لو عقبها بجعالة اخرى - و الالزم التوصل بذلك الى الغاء ما جعله في جعالة وتبديله باقل مايصح بفسخ الاولى وايجاد جعالة اخرى من دون ان يسمع غيره.

ثم ان هذا كله مع التنافي بين الجعالتين والا كما لو قيد كل منهما بزمان اومكان غير ماقيد الاخرى به - كما لو قال من رد ضالتي الى آخر هذا الاسبوع فله كذا - ثم قال من ردها الى آخر الشهر فله نصف ذلك الجعل - تبقى الجعالتان على حالهما وله الجعل المسمى على كل من التقديرين -

لوجعل على عمل معين جعلافشاركه غيره

السابعة(**ولو جعل لفعل فصدر عن كل واحد بعضه**)كما لو قال من رد ضالتي فله دينار فردها جماعة(**فللجميع الجعل**) بلااشكال لان المفروض انطباق موضوع الحكم وهوردالضالة على فعل الجميع لان ردهم من مصاديق الرد الماخوذ في الموضوع وح ان لم يتفاوتوا في العمل يوزع الجعل عليهم بالسوية ومع التفاوت يوزع عليهم على قدر العمل(**ولو**)جعل لفعل(**و صدر**)ذلك الفعل(**عن كل واحد**)مستقلاولم يكن الصادر عن الجميع فعلا واحدا كما لوقال من دخل داري فله دينار- فدخله جماعة (**فلكل واحدجعل**)لان فعل كل واحد منهم موضوع مستقل وفرد مما اخذ في الموضوع وهذا بخلاف الصورة الاولى التي كان الفعل الصادر من الجميع فردا من الموضوع و الصادر من كل واحد منهم بعضه لا تمامه(وما) عن المختلف من احتمال التساوي فيستحقون كلهم دينارا و احدا في الصورة الثانية لانه المبذول والعموم يقتضي التشريك لا الزيادة على المبذول (غير تام) كما يظهر مما ذكرناه .

(**ولوجعل للردمن مسافة**) كمالوقال من رد ناقتي من الشام فله كذا(**فرده من بعضها فله**)من الجعل(**بالنسبة**)اي بنسبة المسافة كماعن الشيخ وابن حمزة والمصنف وغيرهم بل في المسالك نسبته الى الاصحاب و ان تنظر فيه (والحق) ان يقال ان الجعل ان كان للرد عن مسافة فالرد من بعضها ليس جزءمن ذلك العمل بل هوغيره وعليه فالمتجه اجرةمثل عمله على مامر فان عمله محترم لايذهب هدراولم يجعل بازائه شيء فيتعين اجرة المثل - و ان كان الجعل للرد و كان التقييد بالمسافة لتخيله كونها هناك فالمستحق الاجرة المسماة لاتيان ماجعل له -وان كان الجعل للرد من مسافة على نحو التوزيع - كان المستحق من الاجرة المسماة بنسبة ماعمل - و هو واضح ولايبعد ظهور الجملة المزبورة بلاقرينة في الاخير وعليه فيتم ما افاده الاساطين فلاير دعليهم شيءمماذكر في المقام .

حكم مالو اختلفافى الجعل

الثامنة فى فروع التنازع-وهى اربعة- ١ -(و)لو تنازعا فى الجعل وعدمه فقال المالك لم اشارطك ومالمرتك وقال العامل شرطتنى وامرتنى بالعمل و جعلت لى جعلا معينااواستحق به اجرة المثل ؛ (**القول قول المالك فى عدم الجعل**) بلاخلاف لاصالة عدم الاشتراط واصالة البرائةمن العوض-ومقتضى قول المشهور فى نظائر المسالة كالاختلاف فى الاجارة والاعارة من تقديم قول مدعى الضمان لقاعدتى اليد والاحترام - الحكم بالضمان فى المقام لقاعدة الاحترام و لكن قد عرفت فى كتاب الاجارة فساد ذلك - فالاظهر عدم الضمان .

٢ -(و)لو اختلفا(**فى تعيين المجعول فيه**)كما لو اختلفا فى عين ما شرط فى رده العوض فقال العامل شرطت لى العوض فيما رددته وقال الجاعل بل شرطت لك فيمالم ترده فلاخلاف فى انه يقدم قول الجاعل لان مرجع هذاالخلاف الى دعوى العامل على المالك الشرط على هذا الذى رده وهو ينكره فالقول قوله لاصالة عدم الشرط وان اتفقا على اصل الشرط .

٣ - (**و**)لو اختلفا (**فى القدر**) اى قدر الجعل ففيه اقوال - احدها - ماعن الشيخ فى الخلاف وجماعة وهو انه تثبت ح اجرة المثل بعد يمين الجاعل-ثانيها- مافى المتن والشرايع وعن اللمعة وغيرها وهو ان القول قول المالك (**فيثبت فيه الاقل من اجرة المثل و المدعى**)مع الحلف- ثالثها- ان القول قول المالك لكن يثبت مع يمينه اقل الامرين من اجرة المثل و مدعى العامل- واكثر الامرين منهاومن مدعى المالك- رابعها- تقديم قول المالك الا ان الثابت بيمينه هو مايدعيه لااجرة المثل ولا الاقل وهو قول الشيخ نجيب الدين من مشائخ المحقق و الشهيدين - خامسها - انهما يتحالفان لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه اختاره فى محكى القواعد .

والاظهر هو الرابع -لان استحقاق الاقل متيقن ولو فى ضمن الاكثر ووقوعه على الاكثر غير معلوم والاصل عدم وقوعه عليه وعدم استحقاقه الزايد(وبه) يظهر دفع ما اورده المحقق ره

على هذا القول بان فائدة يمين المالك اسقاط دعوى العامل لاثبوت مايدعيه الحالف ومافي الجواهر من ان اختصاص الدعوى بينهما في الامرين لايقتضي الانحصار واقعا كك ضرورة احتمال كون الواقع خلافهما (فان) نفي استحقاق الزايد من الاجرتين انما هو بالاصل لا باليمين .

و قد استدل للقول الاول بان القول قول المالك لان الفعل فعله فيقدم قوله فعليه اليمين فاذا حلف ينفي الزايد و حيث لايثبت مايدعيه بحلفه فليس ح الا اجرة المثل بعد الاتفاق على ان العمل بعوض ولم يثبت فيه مقدر (ويرده) ان الزايد ينفى بالاصل ـ مع انه لو اغمض عن ذلك فاللازم هو ثبوت اقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه العامل ـ لاعترافه بعدم استحقاق الزايد ان كانت اجرة المثل ازيد من مايدعيه بل واكثر الامرين منها ومن مدعى المالك لان مايدعيه المالك ان كان اكثر من اجرة المثل فهو يعترف بثبوته في ذمته للعامل فيؤخذ باقراره ـ و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الثاني و الثالث و ضعفه ـ كما ظهر قوة القول الثالث بالنسبة الى الاولين كما افاده في المسالك .

واما التحالف ـ فقد استدل له (بان) كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فلا ترجيح لاحدهما فيحلف كل واحد منهما على نفي مايدعيه الاخر (وبان) العقد الذي تشخص بالعوض الذي يدعيه المالك غير العقد الذي تشخص بمايدعيه العامل و يرد (على الاول) ماتقدم من ان المالك منكر لامدع لانهما متوافقان على استحقاق الاقل والنزاع انما هو بالنسبة الى الزيادة (وعلى الثاني) ان العقد متفق عليه وانما الاختلاف في الزيادة والنقصان فكان كالاختلاف في قدر الاجرة في الاجارة ـ و القدر الذي يدعيه المالك متفق عليه و انما الاختلاف في الزايد فيقدم قول منكره ـ اضف الى ذلك كله مايأتي في كتاب القضاء من ان التحالف في الموارد التي يكون كل من طرفي المنازعة مدعيا ومنكرا الادليل عليه فان ظاهر دليل الحلف هو الحلف فيما اذا كان منكرا محضا ـ راجع ما ذكرناه فالمتحصل مما ذكرناه انه يقدم قول المالك ويثبت بيمينه مايدعيه ـ لا اجرة المثل ولا الاقل .

(و) لواختلفا (فی السعی) بان قال حصل فی یدك قبل الجعل فلا جعل لك ـ وقال العامل قدحصل فی یدی بعده قالوا فالقول قول المالك ـ وهذا یتم علی القول بوجوب ردالمال الی صاحبه اذاوقع فی یدالغیر وعدم جواز الجعل علی الواجب فان المالك ح یدعی عدم الاستحقاق والاصل معه وحیث عرفت جواز الجعل علی الواجب فیسقط ذلك والله العالم ـ :

فی السبق والرمایة

(الفصل الرابع فی السبق و الرمایة) و السبق بسكون الباء مصدر لكلمة سبقه الی كذا ای تقدمه و غلبه علی كذا ـ وعن الصحاح انه مصدر سابق قال فی المسالك وكلاهما صحیح ـ الا ان الثانی اوفق بالمطلوب لان الواقع فی معاملته كون العمل بین اثنین فصاعدا فباب المفاعلة به اولی ـ واما السبق بالتحریك فهو العوض المبذول للمسابق ومافی معناه ویقال له الخطر ـ والمسابقة عرفا هی اجراء الخیل وشبهها فی حلبة السباق لیعلم الاجود منها والافرس من الرجال والمتسابقین ـ والرمایة عرفا هی المناضلة بالسهام مثلا لیعلم حذق الرامی و معرفته بمواقع الرمی .

ومستندشرعیتهما ـ مضافا الی اجماع الامة المحكی مستفیضا ـ من الكتاب قوله تعالی(١) «واعدوا لهم ما استطعتم من قوة و من رباط الخیل ترهبون به عدو الله و عدوكم» وفی المرفوع(٢) لعبدالله بن المغیرة الذی هو من اصحاب الاجماع فی تفسیره عن النبی صلی الله علیه و آله انه الرمی ـ وقوله(٣) تعالی حكایة عن اخوة یوسف «یا ابانا انا ذهبنا نستبق وتركنا یوسف عند متاعنا» فانه ظاهر فی مشروعیة السباق فی الجملة والاصل بقائها مالم یعلم النسخ فتامل فانه لیس فی شیء من الایتین مایشهد بكون المعاملة المزبورة مشروعة ـ ومن السنة نصوص مستفیضة ستمر علیك جملة منها فی طی المسائل ـ الآتیة ـ وفائدتهما بعث النفس علی

---

(١) سورة الانفال آیة ٦٠ (٣) سورة یوسف آیة ١٨

(٢) الوسائل باب ٢ ـ من ابواب كتاب السبق والرمایة حدیث ٣

الاستعداد للقتال و الهداية لممارسة النضال ـ و هي من اهم الفوائد الدينية في الجهاد للاعداء الذي هو معظم اركان الاسلام . وتحقيق هذا الفصل يستدعي البحث في موضعين ـ الاول في حكم المسابقة ـ الثاني ـ في المعاملة عليها ـ والمقصود الاصلي في هذا الفصل وان كان هو الثاني ولذا لم يتعرض المصنف ره لغيره ـ الا انه لا باس مقدمة له من بيان الحكم في الموضع الاول نظرا الى شيوع المباراة باقسامها المختلفة في هذا العصر .

الرياضة البدنية

اما الموضع الاول ـ فالكلام فيه في موردين ـ الاول ـ في الرياضة البدنية لا اشكال في ان ما كان منها مؤديا الى الضرر على النفس بالهلاكة او هلاكة عضو من الاعضاء يكون حراما لان دفع الضرر واجب عقلا وشرعا ـ وما كان منها موجبا لقوة الجسم او الروح او قوة الامة الاسلامية حسن ومطلوب فان الشريعة المقدسة تطلب كثرة قوية و لذلك عنيت بكل ما يكفل للانسان قوة الجسم و قوة الروح و قوة المجتمع لاحظ الاخبار الواردة في بيان حكمة العبادات والواردة في بيان حكمة حرمة جملة من المحرمات وكراهة المكروهات وما ورد في تفسير الآية المتقدمة واعدوا لهم. ...الخ الى غير تلكم من الاثار ـ وعلى الجملة ان سعادة الانسان وهي بلوغه منتهى كما له و غاية فعليته بحسب نوعه ـ معقودة بقوة جسمه وروحه ـ ومن الواضح ان للرياضة البدنية والروحية اثرا عظيما في ذلك .

واما الرياضات التي لا تترتب عليها هذه الغايات ولا تكون مضرة ففيها خلاف والحق ان يقال ان تلك الرياضات على اقسام (الاول) الفعل لغاية الالتذاذ بلا قصد غاية اخرى و يعبر عنه باللعب (الثاني) الفعل الخالي عن الغاية و يعبر عنه باللغو (الثالث) الفعل الموجب لاشتغال النفس باللذائذ الشهوية بلا قصد غاية و يعبر عنه باللهو ـ وقد مر في المكاسب المحرمة تفصيل القول في كل واحد من هذه الثلاثة ـ وبينا هناك ان جميع تلكم جائزة وليس شيء منها محرما .

المباراة بغير رهان

الثاني في انه في الافعال الجائزة كرمي الحجارة و السير مع السفينة او الطيارة و ما شاكل هل تجوز المباراة و المغالبة بغير عوض املا - و ملخص القول فيه - انه لااشكال في جواز المسابقة في بعض الافعال - انما الكلام في غير مانص على الجواز فيه - كالمصارعة والمباراة على المراكب والسفن والبقر والكلاب والطيور ورمي البنادق والوقوف على رجل واحدة وحفظ الاخبار و الاشعار والجري على الاقدام وحمل الاثقال وماشاكل.

وقد استدل لعدم الجواز بوجوه - الاول - خبر(١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام لاسبق الافي خف اوحافر اونصل يعني النضال - بتقريب ان السبق بسكون الباء مصدر لكلمة سبقه الى كذااي تقدمه و غلبه على كذا فالمراد من نفيه نفي المشروعية ومقتضى اطلاقه عدم مشروعية المسابقة بغير رهان (وفيه) اولا ان الخبر ضعيف لمعلى ابن محمد فتامل فانه من مشايخ الاجازة - وثانيا انه لم يثبت كون السبق بسكون الباء ومن المحتمل ان يكون بفتحها بل عن الشهيد ره انه المشهور - والسبق بالفتح هو العوض ونفيه ظاهر في فساد المراهنة لظهوره في نفي استحقاقه فلا يصح الاستدلال به للاجمال (الثاني) اطلاق ادلة القمار لانه مطلق المغالبة ولو بدون العوض (وفيه) ان القمار لايصدق بدون الرهان والعوض (الثالث) مادل على حرمة اللهو (وفيه) اولا ما تقدم من ان اللهو بقول مطلق لادليل على حرمته - وثانيا - ان المسابقة اذا كانت لغرض عقلائي لاتكون لهوا (فالمتحصل) انه لادليل على حرمتها والاصل يقتضي الجواز - مع انه يدل على جوازها مضافا الى الاصل السيرة القطعية القائمة من المسلمين على المباراة في عدة امور كالسباحة والمصارعة والمكاتبة والمشاعرة وغيرها - وماورد(٢)

---

(١) الوسائل باب٣ من كتاب السبق والرماية حديث٢

(٢) المستدرك باب٤ من ابواب السبق والرماية

المباراة مع العوض

المرضع الثاني فى المعاملة على المسابقة - اى المباراة مع العوض بغير الات القمار فلابد اولا من تاسيس الاصل حتى يكون هو المرجع عند عدم الدليل الخاص - وقد يقال ان الاصل هو الجواز وصحة المعاملة الواقعة عليها - واستدل له بوجوه - ١ - الاية الشريفة حكاية (١) عن اخوة يوسف عليه السلام «يا ابانا انا ذهبنا نستبق و تركنا يوسف عند متاعنا» بدعوى انها تدل على مشروعية السباق فى شرعهم ويشك فى رفع المشروعية و نسخها والاصل بقائها «وفيه» اولا انه يتوقف على عدم ورود منع من الشارع الاقدس ولو بنحو العموم والأقمع وجود الدليل لايرجع الى الاصل و ستعرف وجوده. وثانيا انه لايعلم انهم كانوا بم يستبقون ولعله كان بما يجوز السباق عليه عندنا - وثالثا انه ليس فى الاية الكريمة مايشعر بكون سباقهم كان مع العوض - ٢ - ان مقتضى عموم - اوفوا (٢) بالعقود - صحة العقد على السباق بكل شيء (وفيه) انه يتوقف الاستدلال به على عدم ورود المنع وستعرف وجوده - وانه يصدق القمار عليه الخارج عن عموم اوفوا بالعقود ٣ - ان الحكمة فى مشروعية هذه المعاملة فى الموارد المنصوصة هى الاستعداد للجهاد والتهيأ له وتحصيل القوة وعليه فيجوز المسابقة على المراكب وآلات الحرب الحديثة للعلة المشار اليها (وفيه) مضافا الى اخصيته عن المدعى - ان حكمة الحكم ان ذكرت فى الدليل بصورة العلة يتعدى عنها فانها بحسب المتفاهم العرفى تمام الموضوع للحكم فكانه جعل الحكم اولا على ذلك العنوان العام والا فهى حكمة لايتعدى عنها والعبرة ح بالظهور اى المتبع ظهور الدليل فاذا فرضنا اختصاص الدليل بالموارد

---

(١) سورة يوسف آية ١٨

(٢) المائدة آية ٢

الخاصة فلاوجه للتعدى عنها ـ ٣ ـ انه روى (١) ان النبى صلى الله عليه وآله سابق عايشة بالقدم مرتين سبق فى احدهما و سبق فى الاخرى ـ و انه (٢) صلى الله عليه وآله صارع يزيد بن ركابه ثلاث مرات كل مرة على شاة فصرع خصمه فى الثلاث واخذ منه ثلاث شياة (وفيه) انه لم يثبت شىء من ذلك من طرقنا ولم يرد رواية بذلك بل الثابت خلافه (فتحصل) انه لادليل على الجواز .

بل يدل على عدم الصحة وجهان (احدهما) صدق مفهوم القمار عليه فانه الرهن على اللعب باى شىء كان ـ ففى المجمع اصل القمار الرهن على اللعب بشىء ـ وفى القاموس تقمره راهنه فغلبه ونحوه ما عن لسان العرب ـ وفى المنجد القمار كل لعب يشترط فيه ان يأخذ الغالب من المغلوب شيئا كان بالورق اوغيره ـ وهذا المفهوم يصدق على المعاملة المفروضة فى المقام فتكون باطلة وما ياخذه الغالب من المغلوب حرام (الوجه الثانى) النصوص الظاهرة فى الفساد وحرمة التصرف فى الرهن وهى طوائف من الاخبار ـ منها ـ مادل على نفار الملائكة عند الرهان ولعن صاحبها ما خلا الحافر والخف والريش و النصل ـ كخبر (٣) العلاء بن سيابة ومرسل (٤) الصدوق وخبر (٥) ابى بصير لكنها باجمعها ضعيفة سندا ـ اما الاول فلابن سيابة ـ واما الثانى فللارسال ـ واما الثالث فلسعدان بن مسلم ـ ومنها ـ خبر (٦) ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام قال سألته عن الميسر قال الثقل من كل شىء قال والثقل مايخرج بين المتراهنين من الدراهم ـ ولكنه ايضا ضعيف لياسر ـ ومنها ـ خبر (٧) جابر عن الباقر عليه السلام عن النبى صلى الله عليه وآله قيل له ما الميسر قال عليه السلام

(١-٢) التذكرة ج ٢ ص ٣٥٤ ـ والثانى مروى فى المستدرك باب ٣ من السبق والرماية حديث ٢

(٣) الوسائل ـ باب ٢ من ابواب السبق والرماية حديث ٣

(٤-٥) الوسائل ـ باب ٢ ـ من ابواب السبق والرماية حديث ٦-٤

(٦) الوسائل باب ١٠٤ من ابواب مايكتسب به كتاب التجارة حديث ـ ٩

(٧) الوسائل باب ٣٥ من ابواب ما يكتسب به ـ حديث ـ ٤

كل ماتقومر به حتى الكعاب والجوز -وهوايضاضعيف السند لعمروبن شمر -ومنها - صحيح (١) ابن خلاد عن ابى الحسن عليه السلام النردوالشطرنج والاربعة عشرة بمنزلة واحدة وكل ماقومرعليه فهو ميسر- ومنها - خبر(٢) اسحق بن عمارعن الصادق عليه السلام عن الصبيان يلعبون بالجوز والبيض ويقامرون فقال لاتاكل منه فانه حرام(فالمتحصل) مماذكرناه ان المراهنة والمباراة مع العوض فاسدة ومايؤخذ حرام لايجوزالتصرف فيه هذا كله فى الحكم الوضعى.

واما حكمها التكليفى - فيدل على الحرمة ادلة القمار - واما ساير النصوص المتقدمة فهى ظاهرة فى الحكم الوضعى ولانظر لهاالى الحكم التكليفى وقداستدل صاحب الجواهر ره لجوازها التكليفى بصحيح (٣) محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام فى رجل آكل واصحاب له شاة فقال ان اكلتموها فهى لكم وان لم تاكلوها فعليكم كذا وكذا فقضى فيه ان ذلك باطل لاشىء فى المؤاكلة من الطعام ماقل منه وما كثرومنع عن الغرامة فيه - بدعوى انه متضمن لفساد المراهنة فى الطعام خاصة ولوكانت محرمة لردع عنهاايضافيستكشف من عدم الردع الجواز(وفيه) ان الظاهر كون الخبر اجنبيا عن المراهنة بالاكل وانما يكون مورد الخبر الاباحة المالكية المشروطة بالالتزام بالاعطاء لاالاعطاء - فالقاعدة الاولية تقتضى فساد المعاملة وحرمتها -

الالفاظ المستعملة فى هذا الباب

ثم انه قدخرج عن هذه القاعدة المعاملة على السباق فى موارد خاصة كما مر - وتنقيح القول فيه ببيان امور -منها - بيان الالفاظ المستعملة فى هذا الباب - وهى

---

(١) الوسائل باب ١٠٤ من ابواب مايكتسب به من التجارة حديث-١

(٢) الوسائل باب ٣٥ من ابواب ما يكتسب به - حديث -٧

(٣) الكافى ج٨ص٤٢٣باب نوادرالقضاء الوسائل باب ٥ من ابواب كتاب الجعالة

السابق - والكتد - والمصلى - والسبق - والمخلل - والغاية - والمناضلة - والرشق - والحابى - والخاصر - والخازق - والخاسق - والخارق - والخادم - والمزدلف - والغرض - والهدف - والمبادرة - والمحاطة.

(اما) السابق فهو الذى يتقدم ولو بالعنق (واما) الكتد بفتح التاء وكسرها - فهو الكاهل (واما) المصلى فهو الذى يحاذى براسه صلوى السابق فصاعدا والصلوان وهما العظمان النابتان عن يمين الذنب وشماله - والتالى للمصلى هو الثالث و يليه البارع الرابع - ثم المرتاح وهو الخامس - ثم الخطى وهو السادس - ثم العاطف ثم المؤمل - ثم اللطيم ثم السكيت بالتصغير - (واما) السبق فقد مر فى اول الفصل بيانه - (واما) المخلل فهو الذى يدخل بين المتراهنين ولايبذل معهما عوضا بل يجرى فرسه بينهما اوفى احد الجانبين على وجه يتناوله العقد على انه ان سبق بنفسه اومع غيره اخذ العوض اوبعضه على حسب الشرط وان لم يسبق لم يغرم شيئا (واما) الغاية - فهى منتهى السباق (واما) المناضلة - فهى المسابقة والمراماة - (واما) الرشق بكسر الراء فهو عددما يرمى به من السهام - وبالفتح فهو الرمى الذى هو المصدر (واما) الحابى - فهو وما بعده من الالفاظ الخمسة - من اوصاف السهم المرامى به وقد ذكر فى التحرير على المحكى من او صافه ستة عشر - و انما اقتصرنا على الستة لعدم فائدة معتد بها فى بيانها بعد عدم كونها ماخوذة فى موضوعات احكام الباب .

وكيف كان فالحابى ما زلق على الارض ثم اصاب الغرض - والخاصر - ما اصاب احد جانبى الغرض - والخازق ما خدش الغرض - و الخاسق مافتحه و ثبت فيه - والخارق ما يخرج من الغرض نافذا - والخـارم هو الذى يخرم حاشية الغرض - والمزدلف هو الذى يضرب الارض ثم يثب الى الغرض وظاهر القواعد مرادفته مع الحابى - وعن التذكرة الفرق بينهما باعتبار القوة فى المزدلف - (واما) الغرض فهو مايقصد اصابته - والهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب اوغيره (واما) المبادرة فهى احد قسمى المراماة وهى ان يبادر احدهما الى الاصابة مع التساوى فى الرشق و القسم الثانى منها المحاطة وهى اسقاط ماتساويا فيه من الاصابة .

عقد المسابقة والمراماة

(و) منها ـ انه (**لابد فيهما من ايجاب و قبول**) كغيرهما من العقود ـ على المشهور ـ وعن الشيخ ، والمصنف ره في المختلف ان هذا العقد جعالة فلا يفتقر الى قبول ـ ثم انهم اختلفوا في لزومه وجوازه وبعضهم بنى الخلاف في لزومه وجوازه على انه عقد اوايقاع فعلى الاول يكون لازما وعلى الثاني جائزا ـ وبعضهم عكس فبنى كونه عقدا اوايقاعا على لزومه و جوازه ثم ان ظاهرهم ابتناء كونه عقدا او ايقاعا على انه اجارة اوجعالة (و الحق) ان يقال انه عقد أو ايقاع مستقل لا اجارة ولا جعالة على حسب المتفاهم العرفي سيما وهو بنفسه من العقود العقلائية وبعقده تخلف بعض آثارها عن كل من الامرين وظاهر النافع والمختلف وغيرهما المفروغية من ذلك وان التردد انما هو في اللزوم و الجواز (ثم ان) الظاهر كونه من العقود ولا يكفي فيه الايجاب خاصة فان ثبوت الاثار على الطرف الاخر بدون القبول مخالف لقاعدة (١) السلطنة على النفس والمال ـ وان شئت قلت ان اثر ذلك و المترتب عليه عمل قائم بشخصين ثم كل منهما قد يجب عليه العوض وقد يجب له وثبوت جميع ذلك عليه بدون رضاه وانشائه خلاف قاعدة السلطنة والمعهود من الشرع .

ثم انه بعد ثبوت كونه من العقود ـ يكفي في لزومه ـ عموم اوفوا (٢) بالعقود (وما) عن المختلف من ان المراد من الامر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه وان كان جائزا ـ وليس المراد مطلق العقود و الا لوجب الوفاء بالجائزة (غير تام) فان الوفاء عبارة عن التمام او مايقاربه و الايفاء عبارة عن الاتمام و الانهاء فاذا كان العقد متعلقا بالنتيجة لا بالفعل كان الوفاء به اتمامه وعدم رفع اليد عنه بحله ونقضه وعليه فالامر به ان كان ارشاديا كما هو الظاهر كان ارشادا الى اللزوم وان كان مولويا نفسيا فحيث ان

---

(١) البحار ج٢ـ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) سورة المائدة آية ٢

وجوب الوفاء وعدم جواز الفسخ لو كان فانما هو بمناط عدم ثبوت هذا الحق له فيكون من قبيل حرمة الظلم ولا يحتمل كونه محرما بالحرمة النفسية مع ثبوت هذا الحق فيستكشف من عدم الحق عدم تاثير الفسخ و هذا معنى اللزوم -مع- ان الاجماع قائم على انه لو كان حراما كان غير مؤثر -وبالجملة- فدلالة الاية الكريمة على اللزوم لا تنكر وخروج بعض العقود عن تحتها الدليل خاص لا يوجب خللا في عمومها لغير ما علم بخروجه اذ العام حجة فيما بقي من الافراد غير الفرد الخارج عن تحته -ويمكن ان يستدل للزومه بالاستصحاب ايضا بالتقريب المتقدم في كتاب البيع (فالمتحصل) انه من العقود اللازمة وح فما ذكرناه في كتاب البيع والاجارة -من القيود المعتبرة في العقد والعاقد يجري هنا- كما ان ما اثبتناه عدم اعتباره من العربية والماضوية والقول وما شاكل لا يكون معتبرا فيه -فلا نطيل المقام بذكر تلك الامور-

بيان ما يسابق به

ومنها -بيان ما يسابق به- قال قده- (**وانما يصحان في السهام والحراب والسيوف والفيلة والخيل والبغال والحمير خاصة**) والصحة في جملة من ما فاده متفق عليها -وفي جملة منها الخلاف- والتحقيق يقتضي ان يقال ان النصوص تضمنت جواز السباق والمعاملة عليه في النصل والخف والحافر لاحظ - خبر (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام لا سبق الا في خف اوحافر او نصل يعني النضال -وما دل على نفار الملائكة عند الرهان ولعن صاحبها ما خلا الحافر والخف والريش والنصل - كخبر (٢) العلا بن سيابة - ومرسل (٣) الصدوق -وخبر (٤) ابي بصير -وما (٥) تضمن ان رسول الله صلى الله عليه وآله اجرى الخيل التي اضمرت من الحصى وفي بعض النسخ من الحفى الى مسجد بني زريق وسبقها من

(١-٢) الوسائل باب٣ من كتاب السبق والرماية -حديث٢-٣

(٣-٤) الوسائل- باب١ من ابواب كتاب السبق والرماية حديث٦-٤

(٥) الوسائل باب٤ من ابواب كتاب السبق والرماية حديث١-

ثلاث نخلات فاعطى السابق عذقا و اعطى المصلى عذقا و اعطى الثالث عذقا و مادل(١) على انه اجرى الخيل و جعل سبقها او اقى فضة وقريب منها غيرها - و هذه النصوص على طوايف - منها ما تضمن فعله (ص) و هو مختص بالخيل ولا اطلاق له -و مثله الصحيح(٢) المتضمن ان مولانا عليه السلام كان يحضر الرمى و الرهانة. و منها ما تضمن الحصر فى الثلاثة -وهى وان كانت جملة منها ضعيفة السند -الا ان فيها الصحيح و غيره مضافا الى انجبار ضعف السند بالعمل- و منها ما اضاف اليها الريش وهى باجمعها ضعيفة السند -مع ان الريش يحتمل ان يكون المراد منه السهم ذى الريش وليس فى عطفه على النصل فى احد الخبرين دلالة على التغاير بينهما بعد احتمال كونه من قبيل عطف المرادف او الخاص على العام- وفى المقام اخبار اخر استدل بها صاحب الحدائق على اضافة الطيور الى الثلاثة - لكنها ضعيفة السند غير منجبرة بالعمل و قاصرة الدلالة من جهة احتمال ارادة اللعب بها بلا مسابقة - مع ان فيها الحمام و من المحتمل ارادة الخيل منه بل قيل انه المتعارف فى لسان اهل المدينة - و يعضده الاستدلال له فى خبره (٣) بالنبوى المتضمن لاجراء الخيل (فالمتحصل) انه لايجوز ذلك الافى ثلاثة النصل الشامل للسهام- والحراب جمع حربة وهى الالة- والسيف وربما زيد النشاب - و هل يدخل فيه الدبوس والعصا والمرافق اذا جعل فى رأسها حديدة فيه اشكال والخف ويدخل تحته الابل- والفيلة - والحافر ويدخل تحته الخيل والبغال والحمير-

العوض وما يعتبر فيه

(و) منها بيان العوض وما يعتبر فيه (**يجوز ان يكون العوض دينا او عينا**) حالا اومؤجلا بلاخلاف للاصل والعمومات (**وان يبذله اجنبى**) اجماعا - لذلك وللعمومات والاصل بل يثاب الاجنبى عليه مع نيته لانه بذل فى طاعة وقربة ومصلحة

---

(١) الوسائل باب ٤ - من ابواب كتاب السبق والرماية حديث ٢

(٢) الوسائل باب٢ من ابواب كتاب السبق والرماية - حديث ٤

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب السبق و الرماية حديث ٣

للمسلمين فهو نظير ما لو اشترى لهم خيلا و سلاحا وغيرهما مما فيه اعانتهم على الجهاد (ودعوى) ان مقتضى المعاوضة خروج العوض عن كيس من هو طرف المعاوضة (مندفعة) بعدم كونه من المعاوضات المصطلحة - مع انه قد عرفت فى كتاب البيع جواز كون العوض من غير كيس من دخل فى كيسه المعوض - و بالجملة فيجوز بذل الاجنبى - كما يجوز بذلهما **(او احدهما او من بيت المال)** (ودعوى) انه مع بذل احدهما بان يقول لصاحبه ان سبقت فلك عشرة وان سبقت انا فلاشىء عليك - يكون قمارا (مندفعة) بان كونه قمارا لا يختص بهذه الصورة بل يعم جميع صور البذل - والمستند فى جوازه النصوص الخاصة وبها يقيد اطلاق ادلة القمار.

(و) يجوز **(جعله للسابق منهما او للمحلل)** ان سبق بلا خلاف للعمومات والاصل - وفى الرياض - قيل لا لاجنبى ولا للمسبوق منهما ومن المحلل ولا جعل القسط الاوفر للمتاخر او المصلى والاقل للسابق لمنافاة ذلك كله للغرض الاقصى من شرعيته وهو الحث على السبق والتمرن عليه **(وليس المحلل شرطا)** عندنا - للاصل - والاجماع وشمول مادل على الجواز للعقد الخالى عنه - وعن ابن الجنيد لا يجوز الا بالمحلل - ومستنده رواية (۱) عامية عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم وسندها ضعيف ودلالتها قاصرة - والاصحاب اعرضوا عنها .

شرائط المسابقة

ومنها فى شرائط المسابقة و المراماة - اما الاولى فلا خلاف **(و)** لا اشكال فى انه **(لابد فى المسابقة من)** امور - ذكر الماتن هنا جملة منها - وانهاها الى اثنى عشر فى التذكرة الاول **(تقدير المسافة)** التى يستبقان فيها وتعيينها ابتداء وانتهاء لاختلاف الاغراض فى ذلك اختلافا بينا - فيلزم من عدم التقدير الغرر - وقد نهى (۲)

---

(۱) التذكرة ج۲ ص۳۵۵ (۲) التذكرة ج۱ ص۴۶۶

[illegible] عنه-(ودعوى) انها جعالة فلايعتبر فيها تعيين المسافة كما لايعتبر في الجعالة- (مندفعة) بما مر من انها عقد مستقل (**و**) الثاني (**تعيين العوض**) للغرر في المجهول واثارة النزاع (**و**) الثالث (**تعيين الدابة**) التي يسابق عليها-من فرس و بعير وغيرهما بالمشاهدة فلايكفي الاطلاق و لاالتعيين بالوصف لاختلاف الغرض بذلك كثيرا و لايتم الغرض بالتوصيف وانما يتم بالشخص بخلاف نحو السلم لان الغرض فيه متعلق بالكلي (**و**) الرابع (**تساويهما في احتمال السبق**) بمعنى احتمال كل منهما ان يسبق الاخر فلو علم قصور احدهما بطل لانتفاء الفائدة - هذه هي الشروط التي ذكرها المصنف ره هنا

واما ما اضافه في التذكرة - فهي ثمانية (الاول) جعل السبق لاحدهما او للمحلل فلو جعله للاجنبي بطل وقد مر الكلام فيه (الثاني) تساوي الدابتين في الجنس فلايجوز المسابقة بين الخيل والبغال (الثالث) ارسال الدابتين دفعة فلو ارسل احدهما دابته قبل الاخر ليعلم هل يدركه ام لالم يصح (الرابع) ان يستبقا على الدابتين بالركوب فلو شرطا ارسالهما ليجريا بانفسهما لم يجز (الخامس) ان يجعلا المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولاينقطعان دونها (السادس) ان تكون ماورد عليه العقد عدة للقتال فلايجوز السبق والرمي من النساء (السابع) العقد المشتمل على اركانه المعتبرة فيه (الثامن) عدم تضمن العقد الشرط الفاسد (اقول) اما الاخير فهو متوقف على مبطلية الشرط الفاسد وقد مر في محله عدم مبطليته للعقد واما ماقبله - فقد مر الكلام فيه وكذا في الاول منها واما الخمسة الباقية فدليل اعتبارها اما لزوم الغرر مع عدمها كما في بعضها - واما المنافاة للغرض من هذه المعاملة - واما الاجماع .

شرائط المناضلة

(**و**) اما الثانية فالمشهور بين الاصحاب انه (**يفتقر الرمي الى**) شروط الاول (**تقدير الرشق**) اي عدد الرمي - و استدل له في المسالك بانه العمل المقصود المعقود عليه ليكون غاية رميها معلومة منتهية اليه فلو لم يعين امكن ان يطلب المسبوق الرمي بمقتضي العقد فيلحق او يسبق و يمتنع الاخر فيحصل التنازع -

والاولى ان يستدل له بلزوم الغرر من عدم تقديره - والوجهان يختصان بالمحاطة واما المبادرة فلايجريان فيها لان الاستحقاق فيها يتعلق بالبدار الى اصابة العدد المعتبر حيث انفق ولا يجب اكمال العدد المشروط فلاحاجة الى تعيينه .

(و) الثانى تقدير **(عددالاصابة)** كخمس من عشرين رمية واستدلوا له -بان الاستحقاق انما يحصل بالاصابة وبها يحصل معرفة جودة الرمية ومعرفة الناضل من المنضول-وتامل فيه الفاضل الخراسانى لجواز حصول معرفة الاصابة بكونه اكثر اصابة في العدد المشترط اوغيرذلك وهو حسن لولالزوم الغرر - واجماع الاصحاب على اعتباره .

(و) الثالث تعيين **(صفتها)** من المارق والخاسق وما شاكل للغرر مع عدمه

(و) الرابع تشخيص **(قدر المسافة)** التى يرميان فيها بالمشاهدة او ذكر المساحة الا ان يكون هناك عادة ينصرف اليها الاطلاق قيل لاختلاف الاصابة بالقرب والبعد .

(و) الخامس تعيين **(الغرض)** لاختلافه بالسعة والضيق.

(و) السادس تعيين **(العوض)** وقد مر الكلام فيه.

(و) السابع **(تماثل جنس الالة)** من كون القوس مثلا عربيا اوفارسيا - و الكلام فيه هو الكلام فى تماثل حيوان السبق .

(ولايشترط تعيين) شخص **(السهم ولاالقوس)** لاطلاق الادلة وعدم مايوجب اشتراطه(وعن)التذكرة لوعينه لم يتعين ويفسد العقد بذلك كما فى كل شرط فاسد - (وفيه) اولا ان الشرط المزبور ليس مخالفا للكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد فيصح ويكون لازم الوفاء - وثانيا - ان الشرط الفاسد لايفسد العقد .

حكم الاجرة مع فساد العقد

و منها فى الاحكام **(و)** تفصيل القول فيها فى طى مسائل - الاولى - **(لو)** كان المتراهنان اثنين واخرج كل واحد منهما عوضا وادخلا محللا و **(قالا من سبق**

منا) اى من المتراهنين **(ومن المحلل فله العوضان فمن سبق من الثلاثة فهماله)** بلاخلاف ولا اشكال بناء على ما قدمناه من جواز جميع صور بذل العوض و ح **(فان سبقا)** اى سبق المستبقان **(فلكل)** واحد منهما **(ماله)** لانه جعل العوض لمن سبق ولم يسبق احد في الفرض وبه يندفع الايراد عليه بانه على ماذكرسابقا يشتركان في المالين لا انه يكون لكل واحد منهما مال نفسه **(و)** كذا الحال **(انسبق احدهما والمحلل فللسابق ماله)** لانه لم يسبقه احد **(و نصف الاخر و)** النصف **(الباقي للمحلل)** لاشتراكهما في صفة السبق له .

الثانية **(ولو فسد العقد)** وركض المتسابقان على فساده وسبق الذى لوصحت المسابقة لاستحق السبق المشروط **(ف)** عن الشيخ وفي الشرايع والمتن انه **(لااجرة له)** لاالمسماة ولااجرة المثل ـ اماعدم استحقاقه الاجر المسمى فلفساد العقد ـ واماعدم استحقاقه اجرة المثل فلانه لم يعمل له ولااستوفى منفعة عمله لان نفع سبقه راجع اليه فلاشيء يوجب الضمان ـ هكذا استدلوا لعدم الضمان ـ ولكن يمكن ان يقال ـ ان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده مقتض للضمان ـ ولذاحكى عن القواعد والتذكرة وجامع المقاصد القول به ـ فان قيل ان القاعدة بكليتها لامدرك لها وحيث ان شيئا من القواعد الموجبة للضمان لاتكون متحققة هنا ولا اجماع فلاضمان كما افاده الشهيد الثاني ـ قلنا ان القاعدة بنفسها مجمع عليها والاجماع عليها من قبيل الاجماع على القاعدة فلاحاجة الى ثبوت الاجماع في كل مورد شخصي فتامل .

الثالثة **(ولو كان العوض مستحقا فعلى الباذل مثله اوقيمته)** كما هو المشهور بين الاصحاب بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه (واستدلوا) له بان العقدصحيح ابتداء بالعوض المعين و انما اتفق تزلزله موقوفا على اجازة المالك فقد تشخص العوض المعين للعقد فاذا طرأ زوال ذلك العوض لعدم اجازة المالك وجب الرجوع الى اقرب شيء اليه وهو مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا (وفيه) ان العقدلم يقع صحيحا ابتداء بل كان يتخيل صحته فلم يتشخص العوض المعين للعقد لفرض انه مال الغير فهو باطل مع عدم اجازة المالك فيلحقه حكم الفاسد المتقدم (ويمكن) ان يقال

انه على القول بالضمان فى الصورة السابقة - فى هذه الصورة - اذا كانت اجرة المثل اقل من المسماة فقد التزم السابق فى ضمن العقد بعدم استحقاق الزايد عليها بالالتزام الضمنى الارتكازى - وان كانت اكثر فقد التزم ببرائة ذمته من الزيادة - وعليه - فيستحق المثل اوالقيمة - والله العالم .

الرابعة **(ويحصل السبق بتقدم العنق اوالكتد)** - كما هو المشهور وعن الاسكافى حصوله باذنه (واستدل) للثانى بقول(١) النبى صلى الله عليه وآله وسلم بعثت والساعة كفرسى رهان كاد احدهما ان يسبق الاخر باذنه - (وفيه) انه لا اشكال فى صدق السبق بالاذن على ما لو حصل السبق باذنه - انما الكلام فى ما اذا اطلقا السبق - وان السبق بقول مطلق هل يصدق على السبق بالاذن ام لا فالخبر اجنبى عن ذلك والحق عدم تمامية شيء من القولين باطلاقه والمتعين ايكال ذلك الى العرف كما هو الشان فى كل مفهوم وقع فى الدليل ولم يفسر فان كان والا فلابد من التقييد لرفع الغرر والنزاع **(و)** الخامسة **(لايشترط ذكر)** احد قسمى المراماة وتعيينه وهما **(المبادرة والمحاطة)** مع وجود القرينة من العرف او العادة على تعيين احدهما - كما عن المصنف ره فى اكثر كتبه والروضتين وغيرها - واما مع عدم وجودها فالاظهر لزوم التعيين لمخالفة حكم كل منهما لحكم الاخر و تفاوت الاغراض فان من الرماة من يكثر اصابته فى الابتداء و يقل فى الانتهاء و منهم من هو بالعكس فدفعا للغرر لابد من التعيين - و لعله يكون منشأ الاختلاف فى المقام انه مع الاطلاق هل ينصرف الى احد القسمين ام لا - و القائلون بعدم لزوم التعيين نظرهم الى الانصراف - و القائلون بلزومه كالشيخ فى المبسوط والمصنف ره فى التذكرة وغيرهما فى غيرها بنائهم على الثانى - والا فلا ظن الخلاف فى الحكم الكلى والله العالم .

---

(١) التذكرة ج٢-ص٣٦٠

الفصل الخامس فى الشركة

والنظر فيه يقع فى مواضع -الاول- فى حقيقة الشركة و ماهيتها و اقسامها -وهى قسمان احدهما مافسروه بكون شيء واحد لاثنين اوازيد ملكا اوحقا- ثانيهما - العقد الذى ينشأ به التشريك فى المال على سبيل الشياع فيه- ويقال لهذه الشركة الشركة العقدية

وقد يقال ان الشركة العقدية التى مفادها التشريك بين الشريكين فى ماليهما لامعنى لها -لان ظاهرهم الاجماع على اعتبار الامتزاج بين المالين قبل العقد او حاله او بعده فلامعنى لانشاء التشريك بالعقد لان الامتزاج بنفسه يقتضى ذلك فلذا انكر بعضهم كون الشركة من العقود -وقال فى المسالك انها عقد ثمرته جواز تصرف الملاك لشيء واحد على سبيل الشياع فيه (واجاب) عنه صاحب الجواهر ره بان الشركة الحاصلة من الامتزاج شركة ظاهرية والاففى الواقع كل من الشريكين يملك جزئه المعين وان لم يتميز- و الشركة المنشأة بالعقد شركة واقعية فيملك به كل من الشريكين جزء مشاعا فى المجموع بلاتعيين اصلا- (وفيه) اولا -ان الشركة الظاهرية لاتتصور فى بعض الموارد كمالو امتزج المالان بنحو تبدلا الى حقيقة ثالثة عرفا -وثانيا- ان لازم ماافاده قده اجتماع ملكيتين فى شيء واحد احداهما قائمة بالجزء المشاع والاخرى قائمة بالمعين وهو غير معقول -وثالثا- ان ماافاده خلاف ظاهر الاجماعات على تحقق الشركة بالمزج على نحو تحققها بالعقد-

والحق ان يقال ان الامتزاج المعتبر اجماعا فى الشركة العقدية ليس هو الامتزاج الموجب للشركة الواقعية بل لو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر اوامتزج النقود كفى ومن الواضح ان الامتزاج المزبور لايوجب الشركة كما سيمر عليك - و ايضا انهم لم يعتبروا الامتزاج سابقا بل قالوا بكفاية الامتزاج اللاحق فمع اللحوق يكون السبب هو العقد و الامتزاج شرطا .

ثم ان للقسم الاول -اقساما- اذ قد تكون الشركة واقعية قهرية -كما فى المال الموروث- وقد تكون واقعية اختيارية من غير استناد الى عقد -كما اذا احيى شخصان

ارضاموا تا بالاشتراك او حفرا بئرا اوماشاكل (واضاف) في العروة اليهما ـ قسمان آخران وهما ـ الظاهرية القهرية كما اذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل اجنبي بحيث لايتميز احدهما من الاخر ـ والظاهرية الاختيارية كما اذا امزجا باختيارهما لا بقصد الشركة و(لكن) الشركة الظاهرية لادليل عليها بل في موارد الامتزاج ان كان المالان بعد المزج بعدان بنظر العرف شيئا واحداً كما لو خلط الخل بالدبس كانت الشركة واقعية والا فلاشركة .

وايضا المقسم الثاني وهو الشركة المنشأة بالعقد قسمان ـ احدهما ـ الشركة المنشأة بتشريك احدهما الاخر في ماله كما اذا اشترى شيئا فطلب منه شخص ان يشركه فيه ويسمى عندهم بالتشريك ـ الثاني ـ الشركة المنشأة بتشريك كل منهما الاخر في ماله ويختص هذا باسم الشركة العقدية ومعدود من العقود .

ثم المال المشترك قد يكون عينا كما هو ظاهر وقد يكون منفعة بالاجارة وشبهها اوبالارث . وقد يكون حقا كحق الشفعة والخيار الموروثين ـ ثم ان كيفية الشركة قد تكون بنحو الاشاعة كما هو ظاهر و قد تكون بنحو الكلي في المعين ـ كما لو باع ثمرات اشجار واستثنى ارطالا ـ فان الحق ان كلا منهما يملك حصته بنحو الكلي في المعين (و اضاف) في العروة اليهما بقوله و قد تكون على وجه يكون كل من الشريكين او الشركاء مستقلا في التصرف كما في شركة الفقراء في الزكاة والسادة في الخمس انتهى (وفيه) ان هذا ليس من الشركة في المال بل يكون المالك هو الكلي كما مر تفصيل القول في ذلك في كتاب الزكاة .

ثم ان الدليل على مشروعية العقد المنشأ به الشركة مضافا الى بناء العقلاء بضميمة عدم الردع العمومات العامة الدالة على امضاء كل عقد ـ و نصوص خاصة ستمر عليك (واما) الشركة في القسم الاول فوجهها ظاهر لايحتاج الى بيان .

موردالشركة

الموضع الثانى فى مورد الشركة **(انما تصح)** الشركة العقدية **(فى الاموال)** بل الاعيان ـ **(دون)** الديون و **(الاعمال)** فلو كان لكل منهما دين على شخص فاوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم تصح لان من شرائط الشركة العقدية الامتزاج اجماعا وهو منتف فيها ـ وبه يظهر مدرك عدم صحة الشركة فى المنافع بان كان لكل منهما دار فاوقعا العقد على ان يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف.

ولو ارادا الاشتراك فى الموردين صالح احدهما الاخر نصف منفعة داره بدينار مثلا وصالحه الاخر نصف داره بذلك الدينار اوصالح احدهما الاخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الاخر ـ وكذا فى الدين.

ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة بلا خلاف معتد به اجده فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكى منهما مستفيض او متواتر كذا فى الجواهر (واستدل) له فى الجواهر بالاصل السالم عن معارضة اوفوا بالعقود و (فيه) ان المتيقن من النصوص الخاصة وان كان هو الشركة فى الاعيان ـ فلا دليل خاص على جواز هذا العقد فى الاعمال (وما) يحكى (١) من شركة سعد بن ابى وقاص وعبدالله بن مسعود وعمار بن ياسر فيما يغنمونه فاتى سعد باسيرين ولم ياتيا بشىء فاقرهما النبى صلى الله عليه وآله وسلم وشركهما جميعا (غير ثابت) مع انه يمكن ان يكون ذلك فى يوم بدر وغنائمه كانت للنبى صلى الله عليه وآله على ما صرح به المصنف فيمكن ان يكون ذلك منه صلى الله عليه وآله هبة لهم الا ان عمومات ادلة امضاء المعاملات كافية فى الحكم بالصحة و معها لا تصل النوبة الى الاصل (فالمتعين) الاستدلال له مضافا الى الاجماع ـ اذ لم ينقل الخلاف عن احد سوى ابن الجنيد ـ وقد يقال انه يمكن ان يكون مراده ما لا يخالف الاصحاب

---

(١) التذكرة ج ٢ ص ٢٢٠

بازادة باب المزارعة وشبهه فلايكون خلاف فيه بل تتفق كلمة اهل الحق على البطلان (بمامر) من اعتبار الامتزاج المنتفى فى الفرض (ف) لو عملا لشخص كان (لكل) منهما **(اجرة عمله)** نعم لو عملا معا لواحد مثلا باجرة ودفع اليهما شيئا واحدا عوضا عن اجرتهما تحققت الشركة فيه ولكنها ليست من شركة الاعمال بل هى من شركة الاموال - و يمكن تحقق الشركة بنحو آخر بان يصالح احدهما نصف منفعته المعينة بنصف منفعة الاخر - او يصالحه نصف منفعته بعوض معين و يصالحه الاخر ايضا نصف منفعته بذلك العوض .

(و) لاتصح ايضا الشركة بـ **(الوجوه)** المفسرة باشتراك وجهين لامال لهما بعقد لفظى على ان يبتاع كل منهما فى ذمته الى اجل و يكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن و يكون ما حصل من الربح بينهما (وقيل) هى ان يبتاع وجيه فى الذمة و يفوض بيعه الى خامل و يشترط ان يكون الربح بينهما (وقيل) ان يشترك وجيه لامال له وخامل ذومال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل و يكون المال فى يده ولايسلمه الى الوجيه والربح بينهما (وقيل) ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له وفى المسالك والكل باطل عندنا خلافا لابن الجنيد فانه جوزها بالمعنى الاول .

اقول لااشكال فى بطلان العقد المزبور للاجماع ولما مر من فقد شرط الامتزاج انما الكلام فى انه هل يمكن القول بالشركة من جهة اخرى ام لا - الظاهر هو ذلك فى غير التفسير الثانى - امافى التفسير الاول فلان كلامنهما يشترى متاعا على ان يدخل نصفه فى ملكه ونصفه فى ملك صاحبه بثمن فى ذمة نفسه وهذا البيع صحيح على المختار من عدم اعتبار دخول المعوض فى كيس من خرج العوض عن كيسه و يتبعه ان الربح بينهما - واما التفسير الثانى فلا يحضرنى الان ما يمكن تصحيحه به واما موثق (١) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام عن الرجل يشترى الدابة وليس

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب الشركة -حديث٢

عنده نقدها فاتى رجل من اصحابه فقال يافلان انقدعنى ثمن هذه الدابة والربح بينى وبينك فنقد عنه فنفقت الدابة قال عليه السلام ثمنها عليهما لانه لوكان ربحا فيها لكان بينهما ونحوه غيره - فلاتدل على صحة ذلك بل الظاهر من مفاد هذه النصوص تحقق الشركة فى مال اشترى بثمن معين مثلا بقول شركتك فيه على معنى ارادة نقل نصفه مثلا اليه بنصف الثمن اوبقول الربح بينى وبينك فيه ونحو ذلك كما نبه عليه فى الجواهر- و اما التفسيران الاخيران فيمكن ان يقال فيهما بتوكيل الخامل الوجيه فى البيع والشراء بماله لهما ولا محذورفيه كما مر

(و) مما ذكرناه ظهر بطلان شركة **(المفاوضة و)** هي ان يشترك اثنان اوازيد على ان يكون كل مايحصل لاحدهما من ربح تجارة اوزراعة اوكسب اخر اوارث او وصية اونحو تلكم مشتركا بينهما وكذا كل غرامة ترد على احدهما تكون عليهما- وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه على فسادها - وظاهر المسالك وجود المخالف - قال وهى باطلة الاعند ابى حنيفة ومن شذ وعن المحقق الاردبيلى بعد ما نقل عن المصنف ره ان شركة المفاوضة عندنا باطلة - قال وليس لها اصل (ثم انه) قدمر ان الشركة **(تتحقق باستحقاق الشخصين فمازادعينا واحدة)** بارث وما شاكل- **(و بمزج المتساويين بحيث يرتفع الامتياز بينهما)**

شرائط الشركة العقدية

الثالث فى شرائط الشركة العقدية يشترط فيها امور - ١ - الايجاب و القبول - والكلام فيهما و فيما يعتبر فيهما - هو الكلام فى العقد فى ساير الابواب كالبيع والاجارة وما شاكل فيعتبران يكونا مبرزين المشركة المنشأة - ولا يعتبر العربية ولا الماضوية - بل لايعتبر اللفظ وتتحقق بالفعل ايضا - وبالمركب من القول والفعل -٢- البلوغ -٣- العقل - ويشهد لاعتبارهما - مادل (١) على رفع القلم

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١-وباب ٣٦ من القصاص فى النفس .

عنهما وغيره ممادل على اعتبارهما فى البايع و المشترى و المؤجر والمستاجر - ٤ - الاختيار - فلايصح الشركة مع اكراه احدهما اوهما معا - لحديث (١) رفع ما استكره عليه -٥- عدم الحجر - لادلته (٢) - ٦ - امتزاج المالين سابقا على العقد اولا حقا بحيث لايتميز احدهما من الاخر - من النقود كانا اومن العروض - ولادليل له سوى الاجماع والمتيقن منه ذلك (واما) اعتبار الاتحاد فى الجنس والوصف فلادليل عليه لعدم الاجماع عليه بل قد يقال بكفاية امتزاج الحنطة بالشعير - لان المتيقن من الاجماع غير هذه الصورة فتكون داخلة تحت عمومات ادلة الامضاء وهو متين.

ثم ان فى المقام فرعين - احدهما - انه لاخلاف ولااشكال فى انه يتساوى الشريكان فى الربح والخسران (**و**) ان (**لكل منهما الربح و الخسران بنسبة ماله**) فلو تساوى فى المال المشترك - تساوا فى الربح والخسران ولو كان لاحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله وكذا عليه من الخسارة بلاخلاف فى شىء من ذلك مع اتفاقهما فى العمل اواختلافها فيه بل الاجماع بقسميه عليه والسنة مستفيضة اومتواترة فيه مضافا الى اقتضاء اصول المذهب و قواعده فى المشاع ذلك بل هو مقتضى الاصول العقلية ايضا كذا فى الجواهر.

(**و**) انما الخلاف فيما لو اشترطا فى العقد غير ذلك وملخص القول فيه - انه تارة يشترطان التساوى مع اختلاف المالين - واخرى يشترطان الاختلاف مع تساوى المالين - و ثالثة يشترطان كون تمام الربح لاحدهما - ورابعة يشترطان كون تمام الخسران عليه - وخامسة يشترطان كون تمام الربح لاحدهما و الخسران على الاخر - اوتمام الربح له والخسران عليه - ثم انه فى جميع الصور تارة يكون الشرط للعامل منهما - واخرى يكون لغيره.

اما (**لو اشترطا التساوى مع اختلاف المالين و بالعكس**) اى اشترطا الاختلاف

---

(١) الوسائل باب ٥٦ - من ابواب جهاد النفس

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الحجر

مع تساويهما ـ وكان شرط الزيادة للعامل منهما او لمن عمله ازيد فلا خلاف ولا اشكال على الظاهر عندهم في صحة الشرط كما اعترف به غير واحد قال في محكى التذكرة لو اختص احدهما بمزيد عمل وشرط مزيد ربح له صح عندنا ـ والى ذلك يشير استدلالهم لعدم الصحة في الفرض الاتى بان الفرض انها ليست في مقابلة عمل وعلى الجملة فالظاهر انه لا خلاف في ذلك بل ولا اشكال كما ستعرف .

اما لو اشترط لغير العامل منهما او لغير من عمله ازيد ـ ففي صحة الشرط والعقد ـ وبطلانهما ـ وصحة العقد وبطلان الشرط فيكون كصورة الاطلاق اقوال ـ اولها ـ للمرتضى والمصنف ووالده وولده بل عن المرتضى الاجماع عليه ـ ثانيها ـ للشيخ والحلي و المحقق الثاني وجماعة ـ ثالثها ـ لابي الصلاح (و استدل للاول) بالادلة العامة الدالة على امضاء العقود والشروط (وللثاني) بان شرط الزيادة مخالف لمقتضى العقد فيبطل ويبطل العقد اذ لم يقع التراضي بالشركة و الاذن في التصرف الا على ذلك التقدير ـ وبان ـ جعل الزيادة لاحدهما من غير ان يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة عن تراض بل هو اكل بالباطل (ولكن يرد) على الاول ان الشرط ليس مخالفا لمقتضى العقد فان مقتضى العقد اى ما ينشأ به هو التشريك في المال وهذا يلائم مع كون الربح لاحدهما ازيد من ما للاخر ـ مع ـ انه لو تم لما كان هناك فرق بين مقابلة الزيادة بالعمل وعدمها اضف الى ذلك انه لو تم هذا الوجه لزم بطلان الشرط خاصة دون العقد فان الشرط لا يوجب تقييد التراضي بالشركة بعد كونه التزاما في ضمن التزام لا جزء من الالتزام العقدي (ويرد) على الثاني مضافا الى ما مر من كون الشرط خارجا عن التجارة والتزاما في ضمنها ـ منع عدم كونه معه من التجارة عن تراض ـ فالاظهر هو الاول (فان قيل) ان العمل بالشرط غير لازم لانه في عقد جائز (قلنا) اولا انه مشترك الورود ولا فرق فيه بين ما لو كانت الزيادة بازاء عمل وبين ما لو لم تكن بازائه ـ وثانيا ـ ان الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء كما مر الكلام فيه في محله ـ وثالثا ـ ما افاده صاحب الجواهر ره بان عقد الشركة لازم لا جائز و بطلانه بالقسمة لا يقتضي جوازه كبطلان العقود اللازمة بالفسخ .

اما لو اشترط كون تمام الربح لاحدهما ففي العروة بطل العقد لانه خلاف مقتضاه

(وفيه) اولا ان مقتضى العقد كمامر هو الاشتراك فی المال واما كون الربح بينهما فهو من جهة القواعد الاولية فی المشاع وتبعية الربح لملك الاصل فلا محذور فی اشتراط كونه لاحدهما وثانيا ان لازم ذلك بطلان الشرط دون العقد (فان قيل) ان اشتراط كون الربح لاحدهما مخالف للشرع فان الملكية تحتاج الى سبب ولا تثبت بالشرط (قلنا) ان الظاهر كما بيناه فی محله من هذا الشرح كون الملكية من الغايات التی يجوز اشتراطها اذ لا يعتبر فی تحققها سبب خاص فدليل وجوب الوفاء بالشرط يصلح دليلا على كون الشرط من اسبابها (وبما ذكرناه) يظهر صحة اشتراط كون تمام الخسران على احدهما. اوكون تمام الخسران على احدهما وتمام الربح للاخر. اوكون تمام الربح لاحدهما والخسران عليه ايضا .

(و) الثانی انه اذا اشترك المال باحد اسبابه السابقة (**لا يجوز التصرف لاحدهما بدون اذن الاخر**) لعدم جواز التصرف فی مال الغير بغير اذنه. فان حصل الاذن لاحدهما تصرف هو دون الاخر (**و**) لكن (**يقتصر**) من التصرف (**على الماذون**) و او اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف ولكل من الشركاء الرجوع من الاذن الذی هو كالتوكيل لعدم الملزم للاذن ـ وليس هو من قبيل الاباحة بالعوض .

فی القسمة

الرابع فی القسمة ـ وهی تعيين الحق لكل شريك ـ والظاهر كونها معاملة مستقلة ليست بيعا ولا صلحا ولا غيرهما سواكان فيها رد اولم يكن بلا خلاف اجده فيه ولا اشكال فلا يترتب عليها آثار البيع من الشفعة و خيار المجلس واعتبار القبض فی النقدين بل هی ليست من قبيل المعاوضات فلا يلحقها الرباء وان تحقق فيها التعاوض والاصل فی شرعيتها مضافا الى انها معاملة عقلائية لم يردع الشارع الاقدس عنها واجماع الامة عليها ـ من الكتاب قوله تعالى (١) «واذا حضر القسمة اولوا القربى... الخ»

---

(١) النساء آية ٩

وقوله (١) سبحانه « و نبئهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » ومن السنة نصوص مستفيضة ستمر عليك جملة منها فى طى المسائل الاتية - وقد فعلها النبى (ص) فانه روى (٢) مجمع بن حارثة انه (ص) قسم خيبر على ثمانية عشر سهما - وروى (٣) انه قسمها على ستة وثلثين سهما - وللجمع بين هذين الخبرين محل آخر وروى (٤) انه كان لامير المؤمنين عليه السلام قاسم يقال له عبدالله بن يحيى وكان رزقه من بيت المال.

ثم ان تمام الكلام فى المقام بالبحث فى مسائل - الاولى - اذا طلب احد الشريكين القسمة وجب على الاخر اجابته مع عدم الضرر (ومع) امتناعه و (**انتفاء الضرر بالقسمة يجبر الممتنع عنها مع المطالبة**) بلا خلاف واستدل له فى الرياض بان للانسان ولاية الانتفاع بماله والانفراد اكمل نفعا - وفى الحدائق بانه يجب ايصال المال الى صاحبه وهو هنا بالقسمة (ولكن) ثبوت الولاية على الانتفاع بالمال لا يقتضى الولاية على تبديل ماله ومال شريكه - فان الملكية المشاعة غير الملكية المفروزة وتبديل الاولى بالثانية الذى يعبر عنه بالقسمة وعرفت انها معاملة مستقلة انما يكون بتبديل مال نفسه ومال شريكه ودليل السلطنة لا يثبت الولاية على التصرف الموجب للتصرف فى مال الغير ايضا - واما وجوب ايصال المال الى صاحبه فهو ايضا لا يقتضى وجوب الاجابة لان الايصال الواجب انما هو عدم الممانعة من تصرف المالك فى ماله وهذا غير وجوب تبديله الى مال آخر .

واستدل المحقق القمى ره فى جامع الشتات له بحديث(٥) لاضرر ولاضرار قال و هو المدرك فى هذه المسئلة فى اغلب المواضع (وفيه) انه بعد تحقق الشركة وصيرورة الموجود ملكا مشاعا للشريكين لا يترتب ضرر على عدم القسمة بل غايته فوت النفع - مع - ان حديث لاضرر لا يصلح لاثبات الوجوب لانه ناف للحكم لا مثبت -

---

(١) سورة القمر آية ٢٨
(٢-٣-٤ المبسوط - كتاب القضاء - فصل ذكر لقاسم
(٥) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة

فاذاً لادليل على و جوب الاجابة - ثم على تقدير الوجوب لوامتنع الشريك عنه و قلنا بجواز اجباره لانه ممتنع تحقق القسمة بدون رضاه يحتاج الى دليل مفقود - ولكن الظاهر تسالم الاصحاب على الحكمين وتكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع عليهما - وهو المستند فيهما .

ثم انه اذا كانت القسمة موجبة للضرر فتارة يتضرر الشريك بها ولا يتضرر الطالب بتركها - واخرى يتضرران بهامعا - وثالثة يتضرر الشريك بها والطالب بتركها - ورابعة يتضرر الطالب بها خاصة (اما) فى الصورة الاولى والثانية - فلا خلاف بينهم فى عدم وجوب الاجابة و وجهه قاعدة لاضرر مضافا الى الاصل كمامر (واما) فى الصورة الثالثة - ففى الحدائق فيتعارض الضرران فينبغى ان يرجح الاقل ضررا ومع التساوى يشكل الامر فيحتمل الرجوع الى القرعة (وفيه) انه لاوجه لترجيح الاقل ضررا لانه لايجب على الانسان تحمل الضرر ليدفع الضرر عن غيره فوجوب الاجابة اذا كان ضرريا يرتفع بالحديث وان كان فى ترك القسمة ضرر اعظم منه على الطالب (واما) فى الصورة الرابعة فقد استدلوا لعدم وجوب الاجابة بان ارتكاب ذلك سفه وتضييع لماله (وفيه) انه اذا كان ذلك بنحو يجوز لمالكه ذلك كما لوكان التضرر بنقص القيمة - فلاوجه لعدم وجوب الاجابة - لعدم المانع عنه - ثم انه حيث عرفت ان منشأ عدم وجوب الاجابة فى موارده هو حديث(١) لاضرر - فاعلم ان المناط فى الضرر نقص القيمة اوغيره مما يوجب صدق كون القسمة ضرريا - ولا يعتبر الخروج عن الانتفاع بالمرة ولا خصوص نقصان الانتفاع (نعم) لولم يكن فى القسمة بما هى قسمة ضرر وكان الضرر خارجيا متوجها بسبب القسمة - كما اذا كان شريكه من لايقدر احد عليه و اذا استقل هو بحصة يتمكن الغاصب من غصب ما له مثلا - قد يقال بعدم كفايته فى رفع وجوب الاجابة - ولعل وجهه ان حديث لاضرر انما يرفع حكم الموضوع الضررى ويكون من قبيل نفى الحكم بلسان نفى الموضوع و الموضوع فى المقام

---

(١) الوسائل باب ١٧ - من ابواب الخيار كتاب التجارة

لیس ضرریا - ولکن بما ان المختار عندنا تبعا للشیخ الاعظم ره انه ینفی کل حکم نشأ منه الضرر فالظاهر کفایة الضرر الخارجی ایضاً فی رفع الوجوب .

ثم انه لافرق فیما ذکرناه بین کون القسمة بنحو الافراز کما فی المثلیات من الحبوب والادهان من نوع واحد - او بالتعدیل کما فی القیمیات من نوع واحد او انواع کالدور والدکاکین و ما شاکل - او تکون بنحو الرد بضم شیء الی احد الطرفین من الخارج (فما) افادوه من انه یجبر علیها فی الاولین ان لم یکن ضرر - ولا یجبر علیها فی الثالثة -معللا بانها متضمنة للمعاوضة المحتاجة الی التراضی (لایتم) فان القسمة فی الموارد الثلاثة متضمنة للتعاوض ولاتکون متضمنة للمعاوضة فی شیء من الموارد وفی التعاوض الذی هو من المعاملات وان کان یعتبر التراضی الا ان المفروض فی المقام سقوط اعتبار ذلک - اللهم الا ان یقال ان عمدة مدرک و جوب الاجابة هو الاجماع و المتیقن من معقده القسمان الاولان - فلاتجب فی الثالث للاصل -

فی اعتبار القرعة

الثانیة (و) قدصرح غیرواحدمن الاصحاب بانه(**یکفی القرعة فی تحقق القسمة ومع تعدیل السهام**) بالاجزاء ان کانت فی متساویها کیلا اووزنا اوعدابعدد الانصباء او بالقیمة ان اختلفت کالارض والحیوان. ولاحاجة الی شیءآخرمن رضا بعدها وغیره فی قسمة الاجبار وغیرها - من غیرفرق بین کونها ردیة اوغیرها ولا بین کون القاسم منصوبا من الامام علیه السلام او الحاکم اوغیره ککونه منهما اومن وکیلهما. لان القسمة اذا وقعت صحیحة فهی کسایر المعاملات لایعتبر فیها الرضا بعد تمامیة المعاملة .

وعن المشهور علی ماقیل - الاحتیاج الی رضا بعد القرعة خصوصا فی قسمة الرد لاشتمالها علی المعاوضة المتوقفة علی مایدل علی الرضا بذلک فان کان نظرهم الی ان القسمة من المعاملات فلا تتحقق بدون الرضا فیرد علیهم ان المفروض وجود الرضا

المقارن او عدم اعتباره کما فی قسمة الاجبار - وان کان الی ان القرعة و حدها لیست ممیزة للحق ومشخصة له وملزمة به فیرده نصوص القرعة (١) وکون القرعة عند العرف مما یتشأبه القسمة فیشملها ادلة القسمة .

ثم انه وقع الخلاف فی اعتبار القرعة فی القسمة فظاهر جماعة بل قیل انه ظاهر الجمیع اعتبارها وعن المحقق الاردبیلی والمحدث البحرانی وغیرهما ممن تاخر عنهما عدم اعتبارها والاکتفاء بالرضا من کل من الشرکاء باخذ سهم .

و الثانی اظهر لاطلاق ما دل علی القسمة من الادلة المتقدمة و لوشك فی اعتبارها یرتفع الشك باطلاقها والاصل کسایر مایشك فی اعتباره فی المعاملة وللنصوص الواردة فی قسمة الدین -کخبر (٢) غیاث عن جعفر عن ابیه عن علی علیه‌السلام فی رجلین بینهما مال منه بایدیهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذی بایدیهما واحال کل واحد منهما من نصیبه الغائب فاقتضی احدهما ولم یقتض الاخر قال علیه‌السلام ما اقتضی احدهما فهو بینهما ومایذهب بینهما - ومثله-خبر (٣) الثمالی عن ابی جعفر علیه‌السلام وخبر (٤) محمد بن مسلم عن احدهما علیهماالسلام وصحیح (٥) عبدالله بن سنان - وخبر (٦) سیلمان بن خالد - فان ظاهرها صحة قسمة ما بایدیهما مع عدم القرعة - فتامل لورود النصوص سئوالا وجوابا فی مقام بیان حکم آخر فلاوجه للتمسك بها - فالعمدة هو الاطلاق والاصل .

واستدل للاول فی الجواهر (تارة) بان القرعة داخلة فی حقیقة القسمة بحیث لاتصدق بدونها - واخری - بان القرعة شرعت للتعیین کما شرع قبض المستحق من المستحق علیه فی الدین (وثالثة) بان مقتضی تعریف القسمة بانها تمییز الحقوق کون حصة الشریك کلیا دائرا بین مصادیق متعددة فیکون محلا للقرعة اذهی ح لاخراج المشتبه وتعیین ما لکل منهما من المصداق واقعا فنکشف ح عن کون حقه فی الواقع ذلك-

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب کیفیة الحکم واحکام الدعوی کتاب القضاء

(٢-٣-٤-٥) الوسائل- باب ٦ من ابواب کتاب الشرکة

(٦) الوسائل باب ٢٩ من ابواب الدین والقرض حدیث ١

(ورابعة) باتفاق الاصحاب على اعتبارها فى القسمة شرعا مؤيدا بتعارف ذلك بين عوام المتشرعة فضلا عن خواصهم (وفى الكل نظر) اما الاول فلان القسمة كما مر معاملة خاصة تنشأ بالقول او الفعل ولا دخل للقرعة فيها نعم هى احد الافعال المنشأ بها القسمة - واما الثانى فلانه لاكلام فى ان القرعة تصلح للتعيين وانها شرعت له - ولكن لايلازم ذلك عدم معين غيرها - واما الثالث فلانه فى موارد الشركة انما يكون المال بينهما بنحو الاشاعة لاالكلى فى المعين - مع - انه لوكان من قبيل الكلى فى المعين كان مقتضى اطلاق ادلة القسمة تعين حق كل منهما بما ينشأ به القسمة - واما الرابع فلعدم ثبوت كون الاجماع تعبديا - مع - انه قده صرح بانه قد يقال ان مراد الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضى لانها العدل بينهما - فتحصل مما ذكرناه انه مع التراضى لاحاجة الى القرعة .

الثالثة **(والاحوط حضور قاسم)** من قبل الحاكم - او من قبلهما - لانه ابعد الى التنازع خصوصا اذا كان هو الحاكم المنصوب من قبل الامام عليه السلام فانه يقطع النزاع بين المتخاصمين **(وليس شرطا)** فى صحة القسمة ولزومها بلاخلاف - لعدم الدليل عليه بل مقتضى اطلاق الادلة عدم شرطيته .

لاتصح الشركة المؤجلة

الخامس - فى جملة من احكام الشركة والقسمة - وهى تذكر فى طى فروع

(١) لاخلاف **(و)** لااشكال فى انه لايضمن **(الشريك)** ما تلف من الشركة الذى فى يده باذن الشريك من غير تعد ولا تفريط لانه **(امين)** وقد اتفقت النصوص(١) والفتاوى على انه لايضمن الامع التعدى او التفريط .

٢ - **(ولاتصح)** الشركة **(مؤجلة)** قال فى المسالك المراد بصحة التاجيل

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الوديعة وباب ١ من العارية وباب ٢٨ و٢٩ و٣٠ من الاجارة .

المنفية ترتب اثرها بحيث لا تكون لازمة الى الاجل وانها لم تصح لانها عقد جائز فلا يؤثر شرط التاجيل فيها بل لكل منهما فسخها قبل الاجل نعم يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستانف لعدم تناول الاذن له فلشرط الاجل اثر في الجملة انتهى ونحوه ما قاله في الحدائق ونقل في محكى المختلف عن الشيخين انهما قالا الشركة بالتأجيل باطلة قال و ظاهران مرادهما ليس البطلان من رأس بل عدم اللزوم ولذا قال المفيد عقيب ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه اى وقت شاء - ثم نقل عن ابى الصلاح انه قال ولا اثر للتاجيل في عقد الشركة و لكل شريك مفارقة شريكه اى وقت شاء و ان كانت مؤجلة ثم قال و العبارتان رديتان والتحقيق ان للتاجيل اثرا و هومنع كل منهما من التصرف بعده الا باذن مستانف وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل انتهى ثم انه لو اشترط عدم الرجوع قبل الاجل فهل يجوز له الرجوع ام لا - الظاهر انه ليس له ذلك تكليفا لعموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالشرط ولكن له الرجوع وضعا كما لا يخفى .

٣ - **(وتبطل الشركة بالموت والجنون)** والحجر - بمعنى انه لا يجوز للاخر التصرف واما الشركة فهى باقية فالاولى في التعبير ما في الشرايع قال و يبطل الاذن بالجنون والموت .

٤ - **(ويكره مشاركة الكفار)** عند علمائنا كما عن التذكرة - ويشهد به خبر (٢) السكونى وصحيح (٣) ابن رئاب - وهما وان اختصا بالذمى الا انه يثبت الحكم في غيره بالاولوية .

٥ - **(وليس لاحد الشريكين المطالبة باقامة رأس المال)** بل يقتسمان العين الموجودة مالم يتفقا على البيع كماهو واضح .

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الشركة - حديث ٢-١

٦ _ (**وانما تصح القسمة**) في غير القسمة الاجبارية (**بالتراضي**) و وجهه ظاهر مما قدمناه .

قسمة الوقف

٧ _ (**و**)قد صرح الاصحاب بانه (**لاتصح قسمة الوقف ويجوز قسمته مع الطلق**) ولكن في محكي التحرير ولو قيل بقسمة الوقف بعضه من بعضه مطلقا امكن اذ القسمة ليست بيعا والاقرب عدم جوازها اذا لبطن الثاني ياخذ الوقف عن الواقف ولا يلزمه مافعل البطن الاول ولو تعدد الواقف والموقوف عليه فالاقرب جواز القسمة انتهى وتبعه في الحدائق قال واما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بان كانت الدار مشتركة بين زيد وعمرو نصفين مثلا فوقف زيد نصفه على ذريته وعمرو نصفه على ذريته فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف انتهى. وكذا المحقق القمي ره بل يظهر منه جوازها مع تعدد الوقف والموقوف عليه كما اذا كان نصف مشاع من ملك وقفا على مسجد والنصف الاخر على مشهد .

والتحقيق يقتضي ان يقال انه ان لم تكن القسمة منافية لمقتضى الوقف بسبب اختلاف البطون قلة وكثرة كما لو كان نصف مشاع وقفا على مسجد والنصف الاخر على مشهد او كان نصفه وقفا على قبيلة والنصف الاخر وقفا على قبيلة اخرى فالاظهر هو الجواز مطلقا (ودعوى) عدم انحصار الحق في الموجودين فيما اذا كان الوقف على القبيلة (مندفعة) بانه يمكن ان يتصدى المتولي او الحاكم الشرعي ويتولاه عن البطون اللاحقة (فان قيل) انه اذا كان الوقف على نحو وقف المشاع _ فالقسمة الموجبة للافراز والتعيين خلاف وضع الوقف وقد دلت النصوص على ان الوقوف على ما وقفت (قلنا) ان القسمة موجبة عند العرف للتمييز لا لتغيير وضع الوقف _ وعلى فرض تسليم كونه كك فلا اشكال في اغتفار مثل ذلك (**و**)اذا اتفقوا على انه (**يجوز قسمته مع الطلق**) و اما ان كانت منافية لمقتضى الوقف _ بسبب اختلاف البطون قلة وكثرة _ فان اقتسم اهل كل طبقة بالنسبة الى انفسهم فقط صحت القسمة لعدم المانع عنها _ والا فلا تصح لان الحق يتغير بزيادة البطون

ونقصانها فربما استحق بعض بطون المتقاسمين اكثر مما ظهر بالقسمة لمورثهم وبالعكس (ثم ان) قسمة الوقف عن الطلق اذا اشتملت على الرد من جانب الوقف فلا مانع منها ومقابل الرد وقف ان كان من الوقف وان كان من مال الموقوف عليهم فهو لهم - وان كان الرد من جانب الطلق فلا تجوز لاستلزام القسمة ملكية بعض الوقف -

الفصل السادس في المضاربة

وتسمى قراضا عند اهل الحجاز (**وهي**) عبارة عن (**ان يدفع الانسان مالا الى غيره ليعمل فيه بحصة من ربحه**) وتوضيح ذلك ما في المسالك تبعا للتذكرة - قال - اعلم ان من دفع الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو اما ان يشترطا كون الربح بينهما - او لاحدهما - او لا يشترطا شيئا - فان شرطاه بينهما فهو قراض - وان شرطاه للعامل فهو قرض - وان شرطاه للمالك فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فكذلك الا ان للعامل اجرة المثل (واورد) على ما افاده - تارة - بان مجرد شرط كون الربح للعامل لا يوجب تحقق القرض الذي هو انشاء تمليك المال بعوض في الذمة - واخرى - بان ظاهر ما ذكراه انه مع اشتراطهما كون تمام الربح للمالك لا يكون للعامل اجرة المثل - وعن الرياض نسبته الى ظاهر الاصحاب وهو مناف لقاعدة احترام عمل المسلم المقتضية للضمان .

اقول اما الايراد الاول فيمكن دفعه بان مرادهما بيان حال كل من القراض والقرض والبضاعة في حد ذاته لان المراد تحققه على الوجه المزبور - مع - انه اذا كان كون الربح للعامل من اللوازم الشرعية لملك المال فمجرد قصد كون الربح له كاف في تحقق القرض بناء على عدم اعتبار الصراحة في انشاء العقود وصحة انشائها بالكنايات وشبهها كما حققناه في كتاب البيع ويؤيده ما ذكرناه - الصحيح(١) عن ابي جعفر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجرا فليس له الا رأس ماله وليس له من الربح شيء - والموثق(٢) عنه عليه السلام

(١-٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب المضاربة - حديث ١-٢

من ضمن مضاربة فليس له الا رأس المال و ليس له من الربح شيء اذ كما ان التضمين من لوازم القرض كذلك الاختصاص بالربح - فكما ان الاول يكفى فى تحقق القرض فكذلك الثانى .

واما الايراد الثانى فهو وارد - ان لم يكن لاشتراط كون تمام الربح للمالك بدون ذكر اجرة للعامل ظهور عرفى فى ارادة المجانية وليس بكل البعيد - وجه الورود ليس ما افاده صاحب الجواهر من اقتضاء قاعدة احترام عمل المسلم ذلك - لما مر فى كتاب الاجارة من عدم اقتضائها الضمان بل هو - ان الامر بالعمل - او الاذن فى العمل - اودفع السلعة الى الغير للعمل و اشباهها - كاكل مال الغير بالضمان و الاباحة بالعوض - من الاسباب المعاملية للضمان التى قامت السيرة عليها و بناء العقلاء ولم يردع الشارع عنها - بل هذه كلها من العقود فيشملها ادلة امضاء المعاملات ولزومها - كما تقدم الكلام فى ذلك فى كتاب الاجارة فالاظهر هو ثبوت اجرة المثل فى الموردين

ثم انه قال فى المسالك ان عقد القراض مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة العقد وعدم ظهور ربح ودعى امين ومع ظهوره شريك ومع التعدى غاصب وفى تصرفه وكيل ومع فساد العقد اجير انتهى - وبديهى ان ليس مراده انشاء هذه العقود بانشاء عقد المضابة بل المراد انه يتبعها احكام هذه العقود - وفى عده الغصب واجرة المثل والشركة فى الربح من العقود مسامحة واضحة (فالاولى) ما افاده غيره من ان عقد المضاربة يتبعها احكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة - وغيرها - كالغصب واجرة المثل و نحوها .

عقد المضاربة

ثم ان تمام الكلام فى هذا الفصل - يستدعى بيان امور - الاول العقد - و قد جعله المصنف فى التذكرة والقواعد على ما حكى من اركان هذه المعاملة بل صرح فى التذكرة بانه لابد فيه من لفظ يدل على الرضا وصريح ذلك عدم جريان ما يشبه المعاطاة من الانشاء الفعلى فيه (والحق) ان يقال انه لا اشكال فى لزوم العقد و اعتباره بمعنى الانشاء الملائم مع كونه ايقاعا لان المضاربة وان كانت من مقولة المعنى ولكن قد عرفت غير مرة

ان بناء العقلاء والشارع الاقدس على عدم العبرة بالاعتبارات النفسانية غير المبرزة وانه يعتبر الابراز في جميع العقود والايقاعات .

والظاهر كونهامن العقود فيفتقر الى ايجاب وقبول فانها عقد تعاوضى قائم بطرفين فلا يكفي الانشاء من جانب واحد ولا تشبه الوكالة التي هي اذن وحيث عرفت في كتاب البيع ان مقتضى القاعدة الاولية عدم اعتبار اللفظ في الانشاء ايجاباوقبولا فيكفي انشاء هذه المعاملة بالفعل بل يكفي ان يكون ايجابها بالقول والقبول بالفعل ـ وهل يعتبر التواصل بين الايجاب و القبول كما صرح به المصنف ره ام لا ـ وجهان مبنيان على اعتبار التوالي بينهما في العقود مطلقا وعدمه ـ فعلى الاول يعتبر دون الثاني ـ وقدمر الكلام في المبنى مستوفى .

ثم انه قال في محكى التذكرة يجب التنجيز في العقد فلا يجوز تعليقه على شرط اوصفة مثل اذا دخلت الدار واذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك وكذا لا يجوز تعليق البيع ونحوه لان الاصل عصمة مال الغير انتهى ـ ويرد عليه انه لابد من الخروج عن الاصل بعمومات ادلة امضاء المعاملات وخصوص ماورد في المضاربة بعد ان ليس فيهما ما يشير الى اعتبار التنجيز واما الوجوه التي استدلوا بها لمبطلية التعليق في مطلق العقود فقد ذكرناها في كتاب البيع وبينا عدم تمامية شيء منها سوى الاجماع في بعض العقود وليس منه المضاربة ـ كيف وقد افتى المحدث البحراني صريحا بعدم اعتبار التنجيز ـ فالاظهر عدم اعتباره .

ويشترط في المتعاقدين البلوغ والعقل ـ والاختيار ـ وفي المالك عدم الحجر لفلس بلا خلاف في شيء من تلكم و قد مر الكلام في الجميع في كتاب الاجارة والمزارعة ـ وماذكرناه في ذينك البابين يجرى في المقام فلا وجه للاعادة ـ

اشتراط عدم الفسخ

ثم انه ستعرف ان عقد المضاربة جائز من الطرفين يجوز لكل منهما فسخه ـ انما الكلام في انه لو اشترط فيه عدم الفسخ الى زمان ـ فعن المشهور بطلان الشرط

المذكور بل العقد ايضا لانه مناف لمقتضى العقد.

و نخبة القول فى المقام انه تارة يشترط عدم الفسخ فى ضمن عقد المضاربة- واخرى يشترطه فى ضمن عقد جائز اولازم آخر.

امافى المورد الاول فان كان الشرط لزوم العقد و عدم انفساخه بالفسخ صح ما ذكره المشهور من كونه منافيا لمقتضى العقد ويكون مخالفا للمشروع- والظاهر ان نظرهم فى المقام الى ذلك - قال فى الشرايع بعد ذكر ان عقد المضاربة جائز من الطرفين فلو اشترط فيه الاجل لم يلزم لكن لوقال ان مرت بك سنة مثلا فلا تشتر بعدها وبع صح لان ذلك من مقتضى العقد و ليس كك لوقال على ان لا املك فيها منعك لان ذلك مناف لمقتضى العقد- ومثله عبارة القواعد - الا انه لم يتعرض لتعليل عدم الصحة- وعلله فى محكى جامع المقاصد بذلك اعتماد امنه على ماذكره من القواعد قبل ذلك وبالجملة المتتبع فى كلمات الفقهاء يجدان الشرط المنافى لمقتضى العقد عندهم هو شرط لزوم عقد المضاربة لاشرط عدم الفسخ - وكيف كان فالشرط باطل لكنه لايبطل العقد لمامر فى محله من ان الشرط الفاسد لايفسد - وان كان الشرط عدم الفسخ بطل الشرط لا لمانسب الى المشهور بل لان حقيقة الشرط حيث تكون تعليق الالتزام بالعقد والوفاء به عليه فلايصح شرط عدم الفسخ.

وامافى المورد الثانى فان كان الشرط لزوم العقد بطل لمامر وان كان عدم الفسخ فان كان العقد جائز ابطل ايضا لما مر وان كان لازما صح و وجب الوفاء به ولكن لوفسخه ينفسخ وان عصى وعلى جميع التقادير لا يبطل العقد- ولواشترطاحدهما على الاخر فى ضمن عقد المضاربة مالا اوعملا فالظاهر صحته ولزوم الوفاء به لعموم دليل وجوب الوفاء بالشرط و ما اشتهر من ان الشروط فى ضمن العقود الجائزة غير لازمة الوفاء يكون المراد به انه للمشروط عليه ان يفسخ العقد ومعه لايجب الوفاء به لا انه لايجب الوفاء به مع بقاء العقد وعدم فسخه (واما) ما افاده صاحب الجواهر ره من انه لايجب الوفاء بها مع بقائها- بدعوى انها تابعة للعقد ازوما وجوازا بل مع جوازه هى

اولى بالجواز و انها معه شبه الوعد - و المراد من قوله ﷺ (١) المسلمون عند شروطهم بيان صحة اصل الشرط لا اللزوم والجواز (فيرد عليه) ان الشرط هو الالتزام فى ضمن التزام ومع تحقق ذلك مقتضى ظهور المسلمون عند شروطهم - الذى مضمونه عدم انفكاك المسلم عن شرطه و جوب الوفاء به مادام بقاء الموضوع فح ان كان ذلك فى ضمن عقد لازم فلا اشكال - وان كان فى ضمن عقد جائز فان ارتفع العقد بفسخ - فقد انتفى الشرط فينتفى الوجوب بتبعه والا فالموضوع باق ولا يعقل تخلف حكمه عنه - وما افاده من تبعيته للعقد لزوما وجوازا - لا دليل عليه اصلا بل اطلاق دليل وجوب الوفاء به يشهد بخلافه واغرب من ذلك دعواه عدم دلالة - المسلمون عند شروطهم على لزوم الوفاء به .

وكذا يصح الشرط ويجب الوفاء به لو اشترط المالك على العامل - او العكس بيعا او قرضاً او قراضا او بضاعة او نحو ذلك (و دعوى) ان القدر المتيقن من ادلة امضاء المضاربة و مشروعيتها ما اذا كان من المالك رأس المال خاصة ومن العامل التجارة - فمع اضافة شيء آخر لا يعلم المشروعية والاصل عدمها (مندفعة) اولا - بان الشرط كما مر مرارا لا يكون داخلا فى العقد بل هو التزام مستقل غير مرتبط بالالتزام العقدى وانما يكون الالتزام بالعقد والوفاء به معلقا عليه فهذا العقد الذى اشترط فى ضمنه لا يكون فيه من المالك الا رأس المال - ومن العامل التجارة - وثانيا - انه مع اطلاق ادلة الامضاء العامة - بل و بناء العقلا - بل اطلاق ما دل من الاخبار على امضاء المضاربة الشاملة للمضاربة مع الشرط ايضا - يمنع عن الرجوع الى الاخذ بالمتيقن و الرجوع فى غيره الى الاصل -. و ثالثا -- ان ما ذكر لو تم لكان من حيث متعلق العقد ويكفى فى صحة الشرط عموم ادلة الشروط .

و عن الشيخ فيما اذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد فى احد قوليه وبطلانهما فى قوله الاخر -- وقد ذكر فى وجه بطلانهما ان الشرط

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

المزبور مناف لمقتضى العقد فيكون باطلا وحيث انه يلزم من بطلانه جهالة حصة العامل لان للشرط قسطا من الربح وببطلان الشرط يسقط ذلك القسط وهو مجهول- فيبطل العقد لذلك (وفيه) اولا - ان الشرط ليس منافيا لمقتضى العقد - لان مقتضاه كون عمله فى مال القراض بجزء من الربح والعمل الخارجى ليس عملا فى مال القراض - وثانيا ان الشرط ليس مقابلا فى شيء من الموارد بالعوض فلا ينقص ببطلانه شيء من الحصة فلا تصير مجهولة (وذكر) فى وجه بطلان الشرط خاصة مضافا الى مامر - بان هذا الشرط لا اثر له لعدم وجوب الوفاء به لكونه فى العقد الجائز ولا يلزم من تخلفه التسلط على الفسخ لجواز فسخه ولو مع عدم التخلف (وفيه) اولا - ماتقدم من ان الشروط فى ضمن العقود الجائزة لازمة الوفاء - وثانيا ان الفسخ الثابت بتخلف الشرط غير الفسخ المتحقق مع عدم التخلف فان الاول حل العقد من الاول والثانى حله من الاثناء والثمرة ظاهرة فالاظهر صحة الشرط والعقد معا .

مال القراض وشرائطه

الامر الثانى فى مال القراض - قالوا - (**وانما تصح بالاثمان الموجودة**) وينحل ذلك الى انه يعتبر فيه امور.

١ - ان يكون رأس المال عينا فلا تصح بالدين - فلو كان له على العامل دين لا يصح جعله قراضا - وكذا لو كان له دين على احد لم يجز ان يجعله مضاربة - بلا خلاف فى ذلك ويشهد به خبر (١) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام فى رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده فيقول هو عندك مضاربة قال عليه السلام لا يصلح حتى يقبضه منه - ولا تصح بالمنفعة ايضا اجماعا محققا ومحكيا مستفيضا وهو العمدة فيه كما صرح به فى المسالك وبه يخرج عن عمومات الصحة .

٢ - ان يكون من الاثمان اى الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة بان يكون

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب المضاربة - حديث١

درهما او دينارا فلا تصح بالفلوس والاسكناس و ما شاكل ولا بالعروض .. و قد اعترف جملة من الاصحاب بانهم لم يقفوا على دليل على اعتبار ذلك غير الاجماع المدعى فى المقام ـ وكفى به حجة فى مثل هذا الحكم المخالف للقواعد والاصول ـ فان مثل هذا الاجماع لا محالة يكون تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام ـ فلا وجه لتامل بعض متاخرى المتاخرين فيه لشمول العمومات ـ فانها تخصص بالاجماع ـ نعم ـ لا باس بكونه من المغشوش الذى يعامل به .. ولو كان خالصا ولم يكن بسكة المعاملة فلا تصح المضاربة به لعدم كونه من الدرهم والدينار .

٣ـ ان يكون معلوما قدرا ووصفا ولا تكفى المشاهدة للنهى (١) عن الغرر و عن الشيخ والمختلف انه يصح مع الجهالة ويجوز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة ـ واحتج له فى محكى المختلف بالاصل وقوله عليه السلام (٢) المؤمنون عند شروطهم ولا اثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعا فى قدر الواصل لان الاصل عدم وصول الزايد اليه ـ و فى الجواهر والتحقيق ان لم يكن ثم اجماع عدم قدح الجهالة التى تؤول الى العلم نحو ان يقع العقد على ما فى الكيس مثلا ثم بعد انه بعد ذلك لاطلاق الادلة او عمومها نعم بناء على عدم عموم او اطلاق مستند اليه فى مثل ذلك فلا ريب فى ان الاصل الفساد اما الجهالة التى لا تؤول الى العلم فالظاهر عدم جوازها لعدم امكان تحقق الربح معها وهو روح هذه المعاملة انتهى .

اقول يرد على ما افاده المصنف ره بعد تصحيحه بارادة العمومات والاطلاقات من الاصل ـ والاغماض عن التمسك بدليل الشرط ـ انه لا بد من تقييد الاطلاق وتخصيص العام بما دل على النهى عن الغرر المنجبر ضعفه بالعمل و الاستناد فى كثير من الابواب كالاجارة وغيرها (ودعوى) ان النسبة بينه و بين ادلة المقام عموم من وجه فلا وجه لتقديمه (مندفعة) بانه من قبيل الحاكم على الاطلاقات لا معارض ـ مع ـ انه لو سلم

---

(١) التذكرة ج ١ ص ٤٦٦

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ٤

التعارض فالترجيح للنص بفتوى المشهور التى هى اول المرجحات - و ليس مدرك اعتبار العلم اداء الجهالة الى التنازع حتى يقال لا اثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بل هو لزوم الغرر مع الجهالة (ويرد) على صاحب الجواهر انه ان صح التمسك بدليل النهى عن الغرر كان مقتضاه البطلان وان آلت الى العلم لان الغرر اوجب البطلان والعلم المتاخر لا يوجب انقلاب العقد الباطل صحيحا - والاصح العقد حتى مع الجهالة التى لا تؤول الى العلم لامكان تحقق الربح بان يتجر كل مرة ببعض المال المعين حين التجارة او بجميعه بعد رفع الجهالة بالنسبة الى العامل خاصة .

- ٤ - ان يكون معينا - فلو احضر مالين و قال قارضتك باحدهما او بايهما شئت لم ينعقد بذلك قراض - بلا خلاف بل عليه الاجماع فى بعض الكلمات - و الحق ان يقال - ان العقد ان وقع على المردد لو فى الواقع لم يصح لان المردد من حيث هو مردد لا حقيقة له ولا تحقق فى الخارج - وان وقع على المعين الواقعى المردد عندهما فان كان مع الاختلاف فى الصفات بطل للغرر - وان كان مع التساوى فيها فلا وجه للبطلان الا الاجماع ان ثبت - وان وقع على احد امور بنحو الكلى فى المعين صح مع التساوى فى الصفات لولا الاجماع لاطلاق الادلة وعدم المانع - وكذا ان وقع على احد امور بنحو التخيير - وان وقع العقد على ما يختاره العامل مع التساوى فى الصفات (فقد استدل) فى الجواهر لبطلانه بلزوم موقوفية العقد مع التخيير الى حال وقوعه وليس فى الادلة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك بل لعل الادلة قاضية بخلافه ضرورة ظهورها فى سببية العقد وعدم تاخر آثارها عنها وجعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من اول الامر لا دليل عليه لكونه مخالفا للاصل انتهى (وفيه) ان المضاربة المنشأة ان كانت بنحو يكون المنشأ من حين العقد فهو الدليل على كون الخيار كاشفا عن مورد العقد من اول الامر - وان كانت بنحو يكون المنشأ بعد الخيار فالموقوفية المشار اليها لا تنافى سببية العقد بل هى لازمها - فالعمدة فى هذا الشرط ايضا هو الاجماع ان كان .

عدم اعتبار كون راس المال بيد العامل

ثم انه قد ذكروا اعتبار امرين آخرين فى مال القراض - احدهما - ما قاله المصنف ره فى القواعد - الرابع - ان يكون مسلما فى يد العامل - فلو شرط المالك ان تكون يده عليه لم يصح اما لو شرط ان يكون مشاركا فى اليد او يراجعه فى التصرف او يراجع مشرفه فالاقرب الجواز انتهى - وحاصله - اعتبار كون رأس المال بيد العامل (واستدل) له بان عدمه خلاف وضع المضاربة (ويرده) ما افاده المحقق الثانى ره قال ان اريد انه خلاف مقتضى وضع المضاربة شرعا فهو ممنوع وان اريد عادة فهو لايقدح ولذا قال فى العروة تبعا للتذكرة لكن لادليل عليه فلامانع ان يتصدى العامل للمعاملة مع كون المال بيد المالك.

الثانى ان لايكون رأس المال بمقدار يعجز العامل عن التجارة به مع اشتراط المباشرة او كان عاجزا حتى مع الاستعانة بالغير والافلايصح لان المضاربة متقومة بالمال والعمل (وقد يقال) ان كان المال كثيرا لايقدر على التجارة بجميعه و يتمكن من التجارة ببعضه تصح المضاربة بالنسبة الى المقدور ويستحق العامل حصته من الربح كمافى الاجارة (وفيه) انه اذا لم يصح العقد بالنسبة الى المجموع لم يصح فى البعض لان نسبة العقد الى كل جزء من المجموع كنسبته الى الاجزاء الاخر وحيث لاترجيح لبعضها على بعض فلابد من البناء على البطلان فى الجميع - ويترتب عليه ان تمام الربح للمالك - وللعامل اجرة عمله علم بالبطلان ام لا لقاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ولما مر من ان من اسباب الضمان الامر بالعمل لامجانا (وهل) يكون العامل ضامنا للمال اذا تلف مطلقا - ام لا يكون ضامنا كذلك - ام يفصل بين ما لو اخذ الجميع دفعة فالاول و بين ما اذا اخذا ولا بقدر مقدوره ثم اخذ الزايد ولم يمزجه بما اخذه اولا فيضمن خصوص المقدار الزايد وجوه واقوال - اظهرها الثانى لقاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده - وقد مر نظير المسألة فى كتاب الاجارة فراجع ما ذكرناه فيه.

اعتبار الشركة فى الربح

الامر الثالث فى الربح (و) المعروف بينهم انه يعتبر فى صحة المضاربة (**الشركة فى الربح**) فلو شرط احدهما شيئاً معينا والباقى بينهما فسد (واستدل له) فى الشرايع بعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركة -- وفى الحدائق - بانه مقتضى المضاربة كما تنادى به الاخبار الحاكمة بان الربح بينهما وما لم يكن مشتركا فانه خارج عن مقتضاها فهذا الشرط داخل فى مفهوم المضاربة - وفى الجواهر بالشك فى شمول الاطلاقات له ولو لظهورها فى اعتبار الشركة الاشاعية فى جميع الربح (اقول) اما ما افاده المحقق ره فيرده - اولا - انه يتصور صورة يوثق فيها بالزيادة - وثانيا - ان عدم الوثوق بالزيادة كعدم الوثوق باصل الربح لا يمنع عن الصحة - واما ما افاده العلمان فان كان نظرهما الى الاستدلال بالنصوص الخاصة كمصحح (١) اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام عن مال المضاربة قال عليه السلام الربح بينهما و الوضيعة على المال و نحوه غيره الدالة على انه فى المضاربة الاشتراك فى جميع الربح تم الاستدلال لكن التعبير فى كلام الاول بان هذا الشرط داخل فى مفهوم المضاربة - وفى كلام الثانى بالشك فى شمول الاطلاقات له - غير جيد - والا فالاشكال عليهما ظاهر.

ويتفرع على ذلك البطلان فى صور (منها) ان يجعل لاحدهما شيئاً معنا فانه باطل اتفاقا (ومنها) ان يقول خذه قراضا والربح لى ووجه الفساد فى هذه الصورة ظاهر مما قدمناه - وهل يكون فى هذه الصورة بضاعة بمعنى ان العامل لا يستحق على عمله اجرة كما هو المقرر فى البضاعة - ام يكون قراضا باطلا - والمشهور بينهم هو الثانى للتصريح به - ولان البضاعة توكيل فى التجارة تبرعا و هذا ليس ظاهرا فيه فانه ظاهر فى كون الربح للمالك لا ان عمله المحترم المستوفى بالامر به هدر و مجانى وعليه - فيستحق اجرة المثل لعمله لعدم ظهور الكلام فى المجانية بل قدمر ان الامر

---

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب المضاربة - حديث ٥

بالعمل لامجانا بنفسه موجب للضمان -فما- عن المصنف ره في المختلف و الوجه عندي انه لا اجرة للعامل لانه دخل على ذلك فكان متبرعا بالعمل -غيروجيه (ومنها) ما لوقال خذها قراضا والربح كله لك وقد ظهر ماذكرناه بطلانه مضاربة -وهل يصح قرضا فيه كلام قد مر في اول هذا الفصل.

ثم ان الاصحاب ذكروا شرطين آخرين في الربح (احدهما) تعيين حصة كل منهما من نصف اوثلث او نحو ذلك ان لم يكن هناك متعارف ينصرف اليه الاطلاق والظاهر عدم الخلاف في اعتباره -ووجهه على تقدير الابهام ظاهر فان المبهم لا تحقق له في الخارج واما على تقدير التعيين ولو بعدا بنحو لا يعلمه العامل حين العقد اوولا المالك -فلا وجه له سوى الاجماع والتسالم ولا سبيل الى التمسك بما دل(١) على النهي عن الغرر فان اصل الربح في المقام غير معلوم الحصول وكذا قدره فالجهل بحصة منه لا يضر.

ثم انه وقع الخلاف بينهم في موارد (منها) ما لوقال خذه على النصف فحكم جمع بصحته وتنظر فيه في المسالك - ولعل الاول اظهر لظهور العبارة المذكورة في كون الربح بينهما نصفين ومثله ما لوقال خذه على ان الربح بيننا (ومنها) مالوقال خذه على ان لك النصف و الظاهر هو الصحة فيه ايضا اذا لمالك لا يفتقر الى تعيين حصته للتبعية وانما يفتقر اليه العامل وقد ذكر له النصف (ومنها) مالوقال خذه على ان لي النصف فالظاهر هو البطلان لانه لم يعين للعامل حصة والفرق بينه و بين المورد السابق ظاهر فانه في المورد السابق عين حصة العامل والباقي لامحالة يكون للمالك للتبعية واما في هذا المورد فقد عين حصة المالك ولم يعين حصة العامل مع انها تفتقر الى التعيين ويمكن ان يقال في الموردين بان ظاهر هذه العبارة اي تعيين حصة لاحدهما كون الباقي للاخر وعليه فيصح في الموردين.

ثانيهما كون الربح بين المالك والعامل فلوشرط جزئا منه لاجنبي - فان كان الاجنبي عن المعاملة بمعنى من لم يفوض اليه امر التجارة عاملا صح الشرط لانه ح

---

(١) التذكرة ج١ ص ٤٦٦

يكون بمنزلة العامل المتعدد وان لم يصدق عليه العامل بحسب الاصطلاح وهو من فوض اليه امر التجارة - وان لم يكن عاملا فسد بلا خلاف ولم يستبعد فى العروة القول بالصحة لعموم الادلة - وذكره وجها آخر فى الشرايع بعد حكمه بالفساد وفى المسالك قيل انه اذا شرط للاجنبى يصح الشرط و ان لم يعمل لعموم (١) المؤمنون عند شروطهم واوفوا بالعقود (٢) وقيل ان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى اصله لئلا يخالف مقتضى العقد انتهى (اقول) مقتضى النصوص الخاصة المتقدم بعضها ان من احكام المضاربة كون الربح بينهما - وعليه فشرط كون بعضه لغيرهما شرط مخالف للمشروع فيفسد وح فلا يبعد القول بصحة المضاربة وكون المشروط للمالك وعدم بطلان العقد اذ لاشىء يتوهم كونه مدركا للبطلان سوى انه مع بطلان الشرط يكون حصة كل منهما غير معلومة - و دلالة النصوص الخاصة عليه وهما غير تامين اما الاول - فلان حصة العامل معلومة وما شرط للاجنبى لفساد الشرط يرجع الى اصله فيكون للمالك فلا جهل بها - واما الثانى - فلانها لاتدل على انه يعتبر فى المضاربة جعل الربح لهما - بل تدل على ان من آثار المضاربة كون الربح بينهما وفى المقام بعد بطلان الشرط يكون الربح بينهما - فالاظهر بطلان الشرط وصحة المضاربة .

ثم انه قال فى التذكرة على ما حكى انه يعتبر ان يكون الاسترباح بالتجارة واما اذا كان بغيرها كان يدفع اليه ليصرفه فى الزراعة ويكون الربح بينهما لم يصح (وعلله) بان هذه الاعمال مضبوطة يمكن الاستيجار عليها فاستغنى عن القراض فيها و انما يسوغ القراض فيما لا يجوز الاستيجار عليه وهو التجارة التى لا يمكن ضبطها ولا معرفة قدر العمل فيها و لكنه لا يصلح للمنع لو كان لدليل المضاربة اطلاق شامل للفرض - فالعمدة فى اعتبار ذلك انه لا اطلاق لادلة المضاربة شامل للدفع لغير التجارة (ودعوى) ان عمومات امضاء العقود كافية فى الحكم بالصحة (مندفعة) بانها مخصصة بما دل على النهى عن الغرر اللازم فى الفرض للجهل بحصول الزرع و مقداره كما لا يخفى

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب المهور كتاب النكاح حديث ٤
(٢) المائدة آية ٢

فالظاهر اعتبار ذلك.

الربح بين المالك والعامل

الامر الرابع في الاحكام- وفيه مسائل- الاولى (**وللعامل ماشرط له**) في هذه المعاملة ان نصفا فنصف وان ثلثا فثلث كما هو المشهور بين الاصحاب- وعن المفيد والشيخ في النهاية وسلار وابن البراج ان له اجرة المثل والربح بتمامه للمالك ومرجع هذا الخلاف الى ان عقد المضاربة هل يكون مشروعا -ام لا- والقول المشهور مبني على الاول- والثاني على الثاني -والاول اظهر للنصوص الخاصة الدالة على ذلك لاحظ صحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام من اتجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان و قال من ضمن تاجرا فليس له الارأس ماله و ليس له من الربح شيء - و مثله موثقه (٢)- و موثق (٣) اسحاق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام عن مال المضاربة قال عليه السلام الربح بينهما والوضيعة على المال ونحوه غيره من النصوص الكثيرة- واستدل للثاني- بان النماء تابع للاصل بالاصالة فيكون الربح للمالك- وبان هذه المعاملة معاملة فاسدة لجهالة العوض فتبطل فيكون الربح لصاحب المال وعليه اجرة المثل للعامل (وفيه) ان جميع ماذكر وان كانت موافقة للقواعد و لكنها مندفعة بالنصوص الخاصة المعتبرة المعمول بها بين الاصحاب فلا اشكال في الحكم اصلا - هذا على تقدير صحة المعاملة (و) اما (**لو وقعت فاسدة فله اجرة المثل والربح لصاحب المال**) - اما كون الربح لصاحب المال فلتبعية النماء للاصل - واما كون اجرة المثل للعامل فلقاعدة مايضمن - ولما مر من ان الامر بالعمل لامجانا موجب للضمان -

الثانية - المضاربة جائزة من الطرفين (**وليست لازمة**) اجماعا و به يخرج

---

(١) اورد صدره في الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب المضاربة - حديث٢ وذيله في باب ٤ منها.

(٢-٣) الوسائل باب٣ من ابواب المضاربة حديث٤-٥

عن اصالة اللزوم - و فى الحدائق و يؤيده انه وكالة فى الابتداء ثم قد يصير شركة بعدالعمل وكل من الوكالة والشركة من العقود الجائزة - وكيف كان فيجوز لكل منهمافسخها سواءكان قبل الشروع فى العمل اوبعده قبل حصول الربح اوبعده نض المال اوكان به عروض (لكن) ذكرواحد انه ان كان الفاسخ هو العامل ولم يظهر ربح فلاشىء له وان كان هو المالك ضمن للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت (وقيل) انه لاشىء له وان فسخ المالك لاقدامه عليه مع معرفته جواز العقد و امكان فسخه قبل ظهور الربح بل وبعده مع تحقق الوضيعة المستغرقة له لكونه وقاية لرأس المال (وعن) التذكرة انه يستحق اجرة المثل وان فسخ العامل - و هذا هو الاظهر لما مرمن ان العمل لامجانا محترم لايذهب هدرا اذا كان بامر المالك - والاقدام مع العلم بجواز العقد غير الاقدام على التبرع والنافى للضمان هو الثانى دون الاول (ثم انه) قد تقدم الكلام فى اشتراط الاجل وعدم الفسخ مفصلا فى الامر الاول فلانعيد .

شرط المالك على العامل لازم

ثم ان فى المقام فروعا - ١-اذا اشترط المالك على العامل شراء الجنس الخاص او الشراء من شخص معين - او ان لايسافر و ما شاكل يجب عليه العمل بالشرط **(و يقتصر على الماذون)** لعموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالشرط ولتقييد الاذن فى التصرف فى ماله فمقتضى قاعدة السلطنة عدم التصرف غير الماذون ولكن لوخالف وربح يكون الربح بينهما - وذلك لجملة من النصوص الخاصة لاحظ صحيح (٢) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى ان يخرج به فخرج قال عليه السلام يضمن المال والربح بينهما وصحيح (٣) الحلبى عن الصادق عليه السلام انه قال فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة
(٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة -حديث١-٢

و اشترمنها قال عليه السلام فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما و خبر(١) ابى بصير عنه عليه السلام فى الرجل يعطى الرجل المال مضاربة وينهاه ان يخرج الى ارض اخرى فعصاه فقال هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه وموثق (٢) جميل عنه عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا يشترى به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذى امره به قال عليه السلام هو ضامن والربح بينهما على ما شرط ـ وقال المحقق الاردبيلى ره ان هذه الرواية اصح الروايات التى فى هذا الباب مع ان فى سندها معاوية بن حكيم فيستكشف من ذلك ان نظره موافق مع ما قاله النجاشى من انه ثقة جليل ـ الى غير تلكم من النصوص الكثيرة ـ و مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين اخذ الشرط قيدا ـ وبين كونه من قبيل الالتزام فى الالتزام ـ وعدم انطباقها ح على القواعد ـ فانها فى صورة القيدية تقتضى كون تمام الربح للمالك وكذا فى صورة الالتزام فى الالتزام لو فسخ المالك العقد وليس عليه اجرة المثل للعامل ح لعدم كون العمل بامره بل المفروض كونه مع نهيه لا يضر بعد كون الروايات معتبرة و الاصحاب عملوا بها وكم من قاعدة يقيد اطلاقها بالنص الخاص ولا يصغى الى ما ارتكبه المحقق الاردبيلى ره من الاحتمالات البعيدة و التمحلات غير السديدة ولا الى ما ذكره بعض محشى العروة من امكان تطبيقها على القواعد .

٢ ـ **(ولو اطلق)** المالك ولم يشترط شيئا **(تصرف)** العامل **(كيف شاء مع اعتبار المصلحة)** اما تصرفه كيف شاء فهو للاذن المطلق فى عقد المضاربة واما اعتبار المصلحة فلكونه من قبيل الشرط الضمنى .

٣ ـ **(و)** لو اشترط عليه **(يضمن لو خالفه)** بلا خلاف للنصوص المتقدمة.

٤ ـ لا خلاف **(و)** لا كلام فى انه **(يبطل)** عقد المضاربة **(بالموت)** من غير فرق بين موت المالك او العامل. اما الاول (فقد استدل) لبطلان العقد بموته ـ بانتقال المال بموته

(١ ـ ٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث ـ ١٠ ـ ٩

الى وارثه فابقائه يحتاج الى عقد جديد بشرائطه (وفيه) انه ان اريد بذلك انه ليس للمالك في حال حياته التصرف في ماله بعد موته فيرد عليه اولا انه يختص بما زاد على الثلث ـ وثانيا ان الحق ان له ان يتصرف في ماله بعد موته بازيد من الثلث ايضا بمثل البيع بثمن المثل ـ وان اريد به ان مناط جواز تصرف العامل هو الاذن وينقطع بالموت ففيه ان حدوث الاذن سيما العقدى منه كاف فيه ولذا لو وكله ثم سهى عن توكيله بالمرة بحيث لم يبق في خزانة نفسه نفذ تصرفه عليه ـ مع ـ ان له ان يقول انت ماذون في التصرف في ما لي في حياتي و بعد مماتي غاية الامران يدخل في عنوان الوصية بالنسبة الى مابعد الموت ـ فالعمدة في الحكم بالبطلان الاجماع ان تم وما قيل من انصراف العقد الى حال حياته في الغالب.

واما الثاني ـ فقد استدل لبطلانه بموته باختصاص الاذن به ـ ويمكن ان يقال ان عقد المضاربة اذا اوجب حقا للعامل في التصرف في المال ـ فما دل (١) على ان ما تركه الميت فلوارثه يدل على انتقال هذا الحق كحق الشفعة وغيره الى الوارث ـ اللهم الا ان يقال ان ذلك متوقف على ثبوت كونه من قبيل الحق القابل للانتقال ولم يثبت والذى يسهل الخطب ان المسألة اجماعية ـ كما ان ظاهر الاصحاب التسالم على بطلان العقود الجائزة مطلقا ـ بالموت ـ اوالجنون ـ اوالاغماء ـأونحو ذلك مما يوجب بطلان الاذن من المالك.

ثم انه هل يجوز لوارث المالك اجازة العقد بعد موته ام لا (ربما يقال) بالثاني نظرا الى ان المال حال العقد غير مربوط بالوارث فالعقد غير واقع على ماله حتى ياذن فيه ويجيزه (واورد) عليه بانه يكفى في صحة الاجازة كون المال في معرض الانتقال اليه وان لم يكن له علقة به حال العقد ومرجع اجازته الى ابقاء مافعله المورث وهذا بظاهره بين الضعف (ويمكن) ان يقال ان المقام من قبيل اجازة البيع الواقع من غير المالك ثم ملك حال الاجازة ـ فكما ان هناك يقال ان للعقد بقاء والمالك باجازته

---

(١) النساء آية ١١و١٢ اصول الكافي ج١ ص٢٠٦

اياه وينسبه الى نفسه - كك يقال فى المقام ان للعقد بقاءاً مادام بقاء المال فيجيز الوارث المالك ذلك العقد - و مجرد انه فى هذه المسألة يكون العقد صحيحاً واحداً و ثابت بخلافه فى تلك المسألة لا يصلح فارقاً بعد عدم كون المجاز هو حدوث العقد بل بقائه (فان قيل) لو تم ذلك لزم التقييد بما اذا كان المال نقداً فانه بالاجازة يتحقق فرد آخر من المضاربة فيعتبر فيه ذلك (قلنا) ان مدرك اعتبار كون مال القراض نقداً هو الاجماع والمتيقن منه غير الفرض -٥- (و) قدمر انه (**يشترط العلم بمقدار المال**)

يملك العامل حصة من النماء بالظهور

-الثانية (و) المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة - انه (**يملك العامل حصة من النماء بالظهور**) ملكاً متزلزلاً ولا يتوقف ذلك على وجوده ناضاً وعن الفخر عن والده ان فى المسألة اقوالاً اربعة ولكنه لم يذكر القائل واحتمل ان يكون من العامة - ١- ماهو المشهور -٢- انه يملك بالانضاض -٣- انه يملك بالقسمة -٤- ان القسمة كاشفة عن الملك سابقاً (و الاول) اظهر لانه جعل الربح لهما فالربح من اول تحققه يكون مشتركاً بينهما - ولانه مملوك و ليس للمالك فيكون للعامل - ولاطلاق النصوص بان العامل يملك ما شرط من الربح و هو متحقق قبل الانضاض و قبل القسمة ولصحيح (١) محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام عن رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال عليه السلام يقوم فان زاد درهماً واحداً اعتق واستسعى فى مال الرجل اذ لو لم يكن مالكاً الحصة من الربح بمجرد ظهوره لم ينعتق عليه ابوه فى الصورة المفروضة فى الخبر .

واستدل للثانى بانه قبل الانضاض غير موجود خارجى بل مقدر موهوم والمملوك لابد وان يكون محقق الوجود (واورد) عليه - تارة بما عن جامع المقاصد و المسالك وغيرهما بالنقض بملك الدين مع انه معدوم - واخرى بمنع كونه امراً وهمياً كما فى

---

(١) الوسائل باب ٨ - من ابواب المضاربة

العروة (ولكن) الصحيح ان يقال ان الربح لا يراد به المالية المحضة التي هي امر انتزاعي ناش من الرغبة في العين والالم يتم شيء من الايرادين بل المراد به مقدار من العين الموجودة على حسب الحصة من المالية . وبه يندفع الاشكال رأسا . وكون المراد من الربح ذلك هو المرتكز في اذهان اهل العرف كما يظهر لمن راجع ويشهد به ان له مطالبة القسمة .

واستدل للثالث بانه لو ملك قبل القسمة لاختص بربحه - وبانه - يلزم ان يكون النقصان الحادث بعد ذلك شايعا في المال كساير الاموال المشتركة والتالي باطل لانحصاره في الربح (ولكن) يرد على الوجه الثاني انه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع ويجوز ان يكون مالكاً بالملك المتزلزل ويكون استقراره مشروطا بالسلامة فلا منافاة بين الملك وكون ما يملك وقاية لرأس المال - ويرد ما قبله انه لا منافاة بين ملك الحصة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك . وايضا لو اختص بربح نصيبه لزم استحقاقه من الربح اكثر مما شرط له فكان هذا مشروطا في ضمن العقد .

واستدل للرابع بان القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضي للملك انما هو العمل وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك - ومما قدمناه ظهر ضعف ذلك فالاظهر ما عليه المشهور ويترتب عليه جميع آثار الملكية - من جواز المطالبة بالقسمة وصحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما . وتعلق الخمس والزكاة . وحصول الاستطاعة للحج . وتعلق حق الغرماء به وغير تلكم من الآثار .

الربح وقاية لرأس المال

ثم انه لا ريب في ان ملكية العامل حصته بمجرد الربح انما تكون متزلزلة فلو عرض بعد ذلك خسران او تلف يجبر به الى ان يستقر ملكيته - لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا شيء وهو محل وفاق كما في المسالك وهذا واضح بالنسبة الى الخسارة الواردة على مال المضاربة (واما) بالنسبة الى التلف - فتفصيل القول فيه انه اما ان يكون بعد الدوران في التجارة او بعد الشروع

فيها - اوقبله ثم اما ان يكون بآفة سماوية - اوباتلاف متلف على وجه الضمان - و ايضا قد يتلف البعض وقد يتلف الكل - فان كان التلف بعد الدوران فى التجارة لاباتلاف متلف فالظاهر جبره بالربح كما هو المشهور بين الاصحاب بل لاخلاف فيه وعن السيد العميدى دعوى الاجماع عليه - ويقتضيه وضع المضاربة فانه على ان الربح وقاية لرأس المال فلا يستحق العامل ربحا الا بعد ان يبقى رأس المال بكماله لدخوله على ذلك من غير فرق بين تلف البعض او الكل - و ان كان التلف باتلاف متلف - فقد ادعى الاجماع على الجبر ايضا .

واستدل له بان الربح وقاية لرأس المال فما دام المال لايكون موجودا بكماله فلاربح - ويمكن ان يقال كما قيل انه اذا اتلفه متلف يضمنه ويكون المال فى ذمته فهو بمنزلة الموجود فلا حاجة الى جبره - و ايضا فانه نقصان لايتعلق بتصرف العامل بتجارته - وقال فى محكى جامع المقاصد بعد نقل ذلك وضعفه ظاهر - وفى الجواهر لاينبغى ان يصغى اليه - وعلى التقديرين لاكلام فى انه لو فرض حصول العوض من جملة المال وماذكرناه بالنسبة الى التلف بعد الدوران فى التجارة يجرى فى التلف بعد الشروع فى التجارة وان كان التالف الكل - كما اذا اشترى فى الذمة باذن المالك ثم تلف المال و نقد عنه الثمن - لان المقتضى لكون المال مال قراض هو العقد - كما نص عليه فى المسالك والجواهر تبعا لجامع المقاصد - فلا يصغى الى ماقيل من ان التلف قبل الدوران فى التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض - فلا وجه لتردد المحقق ره فى الشرايع فيه - وكذا ان كان التلف قبل الشروع فى التجارة مع كون البعض تالفا - واما ان كان التالف هو الكل فالظاهر انفساخ العقد لعدم بقاء مال التجارة معه حتى يجبر - نعم اذا اتلفه اجنبى وادى عوضه اواتلفه العامل تكون المضاربة باقية هذا كله فى بيان حكم حصة العامل مالم تستقر الملكية .

واما ماتستقر به الملكية فلااشكال فى حصوله بعد الانضاض و الفسخ و القسمة لانتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك .

انما الكلام فيما لوقسم الربح مع عدم الفسخ - او قسم الكل كك - اوفسخ

العقد ولم يقسم - او تحقق الفسخ و القسمة ولم يحصل الانضاض. والتحقيق ان يقال ان القسمة حيث تكون خارجة عن عمل المضاربة وتكون كساير مايميز به المشتركات ولايجب الانضاض فالظاهر استقرار الملكية بالفسخ فقط وبه يخرج الربح عن كونه وقاية لرأس المال واولى منه مالو انضم اليه الانضاض اوالقسمة - و بعبارة اخرى انه بالفسخ يرتفع العقد وبه يرتفع حكم القراض فلاموجب لبقائه على كونه وقاية (واستدل) لبقاء ذلك وعدم الاستقرار مع عدم القسمة بالاستصحاب. وبظاهر قوله على اليد(١) ما اخذت حتى تؤدى. وبصدق مال القراض فتشمله الادلة الدالة على ان وضيعته من الربح. وبان تسليم رأس المال الى المالك من تتمة المضاربة و الالزم عدم كون الخسران من الربح فيما لو نض المال اجمع فى بلد عمل العامل الذى سافر اليه و فسخ عقد المضاربة ثم تلف بعض المال قبل الوصول الى المالك وهو مناف لظاهر الادلة (ولكن)الجميع كما ترى اذ الاستصحاب لا يجرى بعد ارتفاع العقد الموجب لتبدل عنوان المال من كونه مال قراض الى عنوان آخر. مع انه تقديرى. و عموم على اليد لايشمل الامانات ومنها المال المفروض بعد خروجه عن كونه قراضا. وصدق مال القراض ممنوع بعد ارتفاع العقد بالفسخ - والالتزام بكون الخسران من اصل المال لا من الربح فى الفرض المذكور لامانع منه -- وعلى الجملة بعد كون الفسخ رافعا لعقد القراض لا وجه لبقاء احكامها المخالفة للقواعد والادلة الاولية .

وبما ذكرناه ظهر انه لو حصل الانضاض والقسمة ولم يحصل الفسخ فاللازم اجراء احكام المضاربة من جبر الخسران بالربح وغيره من احكامها (وعن) الشهيد قده ان قسمة الربح موجبة لاستقراره وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها (وعلله) فى الجواهر -- بان ذلك من المالك فسخ المضاربة فيما يخصه من رأس المال لانه برضاه اخرجه عن المضاربة حتى الذى قبضه العامل فيستقر ح ملكهما على ما خص ذلك

---

(١) كنز العمال ج٥ ص٢٥٧ -سنن بيهقي ج٦ ص ٩٠

من الربح لانفساخ المضاربة انتهى (وفيه) ان ماياخذه العامل من الربح لامن رأس المال والعقد واقع على رأس المال فلاحاصل لدعوى انه اخرجه المالك عن رأس المال.

ثم انه اذا ظهر الربح ونض تمامه او بعض منه فطلب احدهما قسمته فان رضى الاخر فلامانع منها وان لم يرض وامتنع عنها فعن القواعد وجامع المقاصد لم يجبر الاخر عليها ـ وعن جماعة انه لايجبر الآخر ان كان هو المالك واما ان كان الممتنع هو العامل فيجبر عليها وظاهر المسالك و الجواهر وغيرهما ان عدم جبر المالك الممتنع عن القسمة اتفاقى (وعللوا) عدم الجبر فى الموردين بلزوم الضرر قالوا لو كان الممتنع هو المالك لزم من جبره الضرر عليه لاحتمال الخسران بعد ذلك والحاجة الى جبره به وفيما كان الممتنع هو العامل يلزم من جبره تضرره لانه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما اخذه ولعله لايقدر بعد ذلك عليه لفواته فى يده وهو ضرر عليه (ويرد) على ما افادوه فى الفرض الاول ان احتمال الضرر باحتمال الخسران غير مطرد ـ ويرد على ما افادوه فى الفرض الثانى انه لايعد ضررا كما افاده صاحب الجواهر وقدمر فى الفصل المتقدم فى مبحث القسمة مايظهر به حكم المقام وان ماذكروه من عدم جبر الممتنع كان هو المالك او العامل هو الصحيح .

الثالثة ـ لاخلاف (و) لااشكال فى ان العامل امين و(**لاخسران عليه بدون التفريط**) بترك الحفظ ـ او التعدى بان خالف ما امره به او نهاه عنه كما لو سافر مع نهيه عنه او اشترى مانهى عن شرائه ـ او الخيانة بان اكل بعض مال المضاربة او اشترى شيئا لنفسه فادى الثمن من ذلك ـ والحكمان اجماعيان ـ ويشهد بهما مضافا الى ذلك والى انهما من مقتضيات قواعد باب الضمان النصوص الخاصة كصحيح(١) الحلبى عن الصادق عليه السلام فى المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شىء الا ان يخالف امر صاحب المال وموثق(٢) جميل عنه عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا يشترى به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذى امره به قال عليه السلام هو ضامن والربح بينهما على ما شرط ـ

(١ـ٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث ٧ـ٩

ونحوهماغيرهمامن النصوص الكثيرة المتقدمة جملة منها.

فروع التنازع

الرابعة فى جملة من فروع التنازع - فقد يدعى شخص على آخر انه اعطاه كذا مقدارا مضاربة وينكر الاخر ذلك - وقد يتفقان على اعطاء مقدار من المال مضاربة ولكن يتنازعان فى مقدار رأس المال - وقد يتفقان فى ذلك ولكن العامل يدعى التلف أو الخسران والمالك ينكره - وقد لا يكون النزاع بينهما الا فى رد رأس المال والعامل يدعيه - قال المصنف

(والقول قوله فى عدمه وفى قدر راس المال والتلف والخسران - وقول المالك فى عدم الرد).

اما لو تنازعا فى اصل اعطاء المال مضاربة وعدمه فكون القول قول منكره واضح لاصالة عدمه وكذا لو تنازعا فى مقدار رأس المال اذا لو كان المال موجودا يجرى اصالة عدم اعطائه ازيد مما يقوله ولو كان تالفا مع ضمان العامل يجرى اصالة برائة ذمته (ودعوى) ان ذلك يتم اذا كان مصب الدعوى زيادة مال القراض و نقصانه واما اذا كان مصب الدعوى العقد وادعى المالك انه وقع على العشرة مثلا والعامل ادعى انه وقع على الخمسة فالمتجه هو التحالف لان العقد المتشخص بالخمسة غير المتشخص بالعشرة فكل منهما مدع ومدعى عليه - فيتحالفان (مندفعة) بان الغرض من هذه الدعوى حيث لا يكون الا اثبات الزيادة اوعدمها فالمالك الذى يدعى الزيادة يعد فى العرف مدعيا لانه لا غرض له الا اثبات كون مال القراض هو الازيد والعامل منكرا لانه لا غرض له سوى نفى الزيادة - مع انه يمكن ان يقال ان وقوع العقد على الاقل معلوم ولو فى ضمن الاكثر ووقوعه على الاكثر غير معلوم والاصل عدم وقوعه عليه فيكون مدعيه مدعيا والعامل منكرا فيقدم قوله بيمينه.

و اما لو ادعى العامل التلف أو الخسران وانكره المالك فوجه تقديم قوله بيمينه انه امين و عدم تصديقه فى دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن -

وقدورد (١) انه ليس لك ان تتهم من ائتمنته ـ (ودعوى) اختصاص الاتهام الممنوع بالمؤتمن بالتامين العقدى و هى الوديعة ـ ممنوع لعدم الدليل مع صدق الايتمان ـ سيما بعدقوله (٢) عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وصاحب العارية مؤتمن

واما لوادعى العامل ردمال المضاربة ـ وانكره المالك فالمشهور بين الاصحاب ان القول قول المالك ـ وعن الشيخ فى المبسوط انه يقبل قول العامل ـ و قدمر الكلام فى ذلك مفصلا فى كتاب الاجارة ـ و مما ذكرناه فى التنازع فى التلف يظهر حكم المقام ـ فالاظهر ان القول قول العامل ـ ثم ان فى المقام فروعا اخر المتنازع حيث تقدم نظائرها اوعينها فى الاجارة فلانطيل الكلام بذكرها .

الخامسة **(ولو اشترى العامل اباه عتق نصيبه من الربح فيه و سعى الاب فى الباقى)** بلاخلاف ـ ويشهد به الصحيح المتقدم .

نفقة العامل المسافر على رب المال

السادسة **(وينفق العامل من الاصل فى)** حال **(السفر)** كمال نفقته من ماكل ومشرب و ملبس و مسكن ونحو تلكم مما هو داخل فى النفقة **(قدر كفايته)** كما هو المشهور بين الاصحاب وعن التذكرة نسبته الى علمائنا . وعن الخلاف الاجماع عليه وفى المسألة قولان آخران وان لم يحضرنى الان القائل ـ احدهما ـ انه لايخرج من اصل المال الامازاد على نفقة الحضر ـ الثانى ـ ان نفقة السفر كلها على العامل كنفقة الحضر (والاول) اظهر ـ لصحيح (٣) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام فى المضارب ما انفق فى سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه ونحوه خبر (٤) السكونى ـ واستدل للثانى ـ بالاجماع على ان نفقة الحضر على نفسه فماساواه فى السفر

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كتاب الوديعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية ـ حديث ٦

(٣-٤) الوسائل ـ باب ٦ من ابواب كتاب المضاربة ـ حديث ١-٢

يحتسب ايضاً عليه والزايد على ذلك من مال القراض - وبانه انما حصل بالسفر الزيادة لاغيرا ما غيرها فسواء كان مسافرا ام حاضرا لابد منه فلايكون من مال القراض - واستدل للثالث بان الربح مال المالك والاصل ان لايتصرف فيه الابمادل عليه الاذن ولم يدل الاعلى الحصة التى عينها للعامل و هولم يدخل فى العمل الاعلى هذا الوجه فلايستحق سواه و لكن جميع ذلك من قبيل الاجتهادفى مقابل النص مع مافيها من الاشكال فالقول المشهور هو المنصور - وتمام الكلام فى ضمن فروع .

- ١ - المراد من السفر العرفى لا الشرعى وهو ما يجب فيه القصر فيشمل السفرفرسخين اوثلاثة - و مالواقام فى بلد عشرة ايام لان مادل على تحديد السفر الموجب للقصر لايدل على ان غيره ليس من السفرحتى بالنسبة الى ساير الاحكام ومقتضى اطلاق الخبرين ثبوت الحكم فى كل مايعد سفرا .

٢- الظاهرمن الخبرين سيما بضميمة مناسبة الحكم والموضوع ان الواجب الاقتصارمن السفرعلى مايحتاج اليه فى التجارة اوفيما يتعلق بها كما لواقام زيادةعما يحتاج اليه فيها لخوف طريق مثلا اوحبس ظالم او نحوذلك ممايتعلق بالتجارة - فلواقام للراحة اوللتفرج او لتحصيل مال له او لغيرمال القراض فانه لايستحق عن تلك المدة شيئاً من مال القراض للنفقة كماصرح ذلك كله المصنف ره(وما)فى المسالك من التخصيص بمايحتاج اليه فى التجارة فى غيرمحله .

٣ - ان المراد بالنفقة ما يحتاج اليه من مأكول وملبوس ومشروب وماشاكل وسيجىء ضابطها فى كتاب النكاح فى مبحث النفقات و ليس منها جوائزه و عطاياه وضيافاته ومصانعاته الااذاكانت التجارة متوقفة عليهاو يراعى فيها كغيرهامن النفقات ما يليق بحاله فلواسرف حسب عليه - و لوقترهل يحتسب له املا - و جهان مبنيان على ان الماخوذ فى لسان الدليل النفقة أومقدارها فعلى الاول لايحسب وعلى الثانى يحسب له وحيث ان ظاهر الخبرين هو الاول فلايحسب له .

٤ - لواشترط كون النفقة على العامل لاتخرج من المال قضاء للشرط - ولواشترط كونها على المالك كان تاكيدا - فعلى الاول لابدمن ضبطها على وجه يخرج

الشرط عن الجهالة ولا كك على الثاني لانها ثابتة باصل الشرع فلايزيد الاشتراط على الثابت بالاصل - وان شئت قلت ان غاية مايلزم من جهالته بطلان الشرط وهو لايبطل العقد والمفروض انه مع بطلان الشرط ايضاً تكون النفقة على المالك فلامانع من الجهالة فيه .

٥ - الظاهر من النص و الفتوى ان النفقة من مال القراض و ان لم يحصل ربح - انما الكلام في انه لو حصل ربح هل تؤخذ منه مقدمة على حق العامل - ام تخرج من اصل المال - قال في محكي التذكرة والقدر الماخوذ في النفقة يحسب من الربح وان لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال ونحوه ما في المسالك . وهو الظاهر فان غاية مايدل عليه الخبر ان كون نفقة السفر من المال واذا انضم الى ذلك مادل على ان حصة العامل انما هي من الربح و هو انما يصدق على ما يبقى بعد جبر جميع ماحدث على المال من اول تسلمه الى انتهاء المضاربة - كانت النتيجة هو تقديمها على حصة العامل .

-٦- استحقاق النفقة مختص بالسفر الماذون فيه فلو سافر الى غيره فلانفقة - بل دلت النصوص على انه يضمن المال وتكون الخسارة الواردة عليه على المال ومنها ما انفقه على نفسه لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في الرجل يعطى المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها و اشتر منها قال عليه السلام فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما - ونحوه غيره .

٧ - المشهور بين الاصحاب انه لايجوز للعامل ان يسافر من دون اذن المالك الا اذا كان هناك متعارف وعن جامع المقاصد نسبته الى علمائنا - وعللوه بان فيه تغريرا بالمال و هو كماترى ،

٨ - لو كان لنفسه مال غير مال القراض وكان السفر لهما - فالظاهر كما صرح به في الشرايع وغيرها التوزيع - وهل هو على نسبة المالين او العملين و جهان اجودهما

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب المضاربة حديث - ٢

الاول لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال لا العمل كمافي المسالك تبعا لجامع المقاصد.

٩- لوسافر بمال المضاربة فاتفق عزله فى السفر و انتزاع المال منه كانت نفقة الرجوع عليه لانه انما يستحق النفقة مادام كونه مضاربا - فبارتفاع العقد يرتفع سبب الاستحقاق (ودعوى) انه يرجع بما انفقه على المالك لقاعدة الغرور (مندفعة) بانه لاغرور بعد دخوله على العقد الجائز الذى هومعرض ذلك.

١٠- اذا مرض فى السفر فان كان لاعمل له فى المال معه يكون نفقته ايام مرضه عليه - وان كان لايمنعه من العمل بالمال فهى على المالك - وهل الدواء من النفقة وجهان ياتى ما هو الحق عندنا فى مبحث النفقات.

السابعة **(ولا يطأ جارية القراض من دون اذن)** وهو واضح.

حكم الشراء فى الذمة

الثامنة قالوا **(و الاطلاق يقتضى الشراء بعين المال لا فى الذمة)** واستدلوا له تارة بانه المفهوم او المتيقن منه - واخرى - بانه اذا اشترى بكلي فى الذمة لا يصدق على الربح انه ربح مال المضاربة - وثالثة - بان فى الشراء فى الذمة تغريرا بمال المالك وجعله فى فى معرض التلف - و رابعة - بان الشراء فى الذمة قد يؤدى الى و جوب دفع غيره كما اذا تلف رأس المال قبل الوفاء ولعل المالك غير راض بذلك - و هذه كلها كما ترى

و الحق ان يقال انه بعد ما تعارف فى المعاملات الشراء بالذمة على وجه الحلول لا ينبغى الاشكال فى جوازه كذلك والدفع من رأس المال واما الشراء بها على وجه التاجيل فان كان فيه الغبطة والفائدة جاز لان الغرض الاقصى من القراض تحصيل الفائدة و الربح ولذا يجب ان يكون تصرف العامل مقصورا على ما يحصل به هذه الغاية الذاتية - نعم - اذا لم يكن فيه الغبطة و الفائدة لم يجز لما ذكرناه و يمكن ارادة الاصحاب المنع عن هذا بالخصوص.

ثم ان الشراء فى الذمة يتصور على وجوه (١) ان يشترى فى ذمة المالك (٢) ان يشترى

فى ذمة نفسه لكن بما انه عامل و مرجعه الى الاول والحكم فى الصورتين ظاهر (٣) ان يقصد ذمة نفسه وكان قصده الشراء لنفسه ولم يكن من نيته الوفاء من مال القراض ثم دفع منه لا اشكال فى صحة الشراء وكون الربح لنفسه والاداء من مال القراض ان كان بنية الاستقراض وكان ماذونا فى ذلك فلا اشكال ايضا والا فهو غاصب بالنسبة اليه (٤) ان يقصد ذمة نفسه مع قصده دفع الثمن من مال المضاربة فالظاهر انه على فرض صحة الشراء حكم هذه الصورة حكم ما قبلها . واما الصحة . فقد مر الكلام فيها تحت عنوان عام وهو ان من اشترى فى ذمته مع قصد الاداء من المال الحرام فى كتاب البيع (٥) ان يقصد الشراء فى ذمته من غير التفات الى نفسه و المالك و الظاهر كما افاده صاحب الجواهر ره و غيره انه يتعلق الثمن بذمته ظاهرا وواقعا و يكون الربح له كما لو نوى نفسه (فما) عن الرياض من الوقوع للمالك فى هذه الصورة. ضعيف .

التاسعة (**و**) اطلاق العقد يقتضى الشراء (**بثمن المثل**) كما هو المشهور فلا يجوز له ان يبيع باقل من ثمن المثل . كما لا يجوز له ان يشترى بازيد من ثمن المثل ويظهر وجهه مما ذكرناه فى المسألة السابقة وبه يظهر ان ما افاده سيد الرياض من جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق و ان كان فرضها فى نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا متين . وقريب منه فى الحدائق وقيده صاحب الجواهر ره بما اذا كان متعارفا اما اذا كان نادرا فلا يدخل فى الاطلاق لانصرافه الى المتعارف . وفيه . ماذكرناه مرارا من ان الانصراف الناشى عن التعارف وكثرة الوجود لا عبرة به .

للعامل اجرة المثل اذا فسخ المالك المضاربة

العاشرة (**ولو فسخ المالك المضاربة**) فاما ان يكون قبل الشروع فى التجارة او فى مقدماتها . او بعده قبل ظهور الربح او بعده فى الاثناء . او بعد اتمام التجارة قبل القسمة او بعدها . فالكلام فى فروع -١- ان كان الفسخ قبل الشروع فى العمل وفى مقدماته . فلا اشكال ولا كلام فى انه لا شيء له ولا عليه -٢- ان كان ذلك بعد اتمام العمل والقسمة

فكك - اذا ان كان حصل الربح يقتسمانه و الافلاشيء للعامل ولا عليه حصلت خسارة اولم يحصل الربح ولا الخسارة - فما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح - غير تام - لان وضع المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح فكان ذلك شرط ضمنى فى عقدها و به يخرج عما دل على احترام عمل المسلم و انه لايذهب هدرا ان كان عن امر - ٣ - اذا كان الفسخ فى الاثناء قبل حصول الربح (ف) فى المتن **(للعامل اجرته الى ذلك الوقت)** و مقتضى اطلاقه كاطلاق ما فى الشرايع ثبوت اجرة المثل لماعمل (واستدل) له بان عمله محترم صدر باذن المالك لاعلى وجه التبرع بل فى مقابلة الحصة و قد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق اجرة المثل الى حين الفسخ (وفيه) ان الامر بالعمل انما هو على الحصة من الربح على تقدير وجوده ولو لم يوجد فلاشيء له وحيث ان للمالك الفسخ متى شاء فكان اقدامهما على ان لايكون له شيء الامع بقاء العقد وحصول الربح وبدون ذلك لاشيء له ومع الاقدام على ذلك لاوجه للضمان -٤- اذا كان الفسخ بعد حصول الربح فى الاثناء - اخذ العامل حصة منه وان قل كان ذلك بعد الانضاض او قبله - اتفاقا فى الاول كما فى المسالك و وجهه ظاهر مما قدمناه - ثم مما ذكرناه ظهر حكم ما لو فسخ العامل وانه انما يستحق من الربح حصة ان ظهر ولا يستحق اجرة المثل فى شيء من الموارد كما يظهر حكم ما لو حصل الانفساخ بموت أو جنون وما شاكل.

ثم انه وقع الكلام فى صورة الفسخ أو الانفساخ فى احكام - وهى - وجوب الانضاض اذا كان بالمال عروض - ووجوب الجباية عليه اذا كان به ديون على الناس - و وجوب الرد على المالك .

اما الاول فغاية ما قيل فى وجه وجوبه على العامل اذا طلبه المالك ان قوله (ص)(١) على اليد ما اخذت حتى تؤدى يدل عليه لانه اخذه نقدا فيجب رده اليه كك - و ايضا ان التغير حدث فى المال بفعله - فيجب رده الى ما كان (و فيه) او لا ان الحديث

---

(١) سنن بيهقي ج٦ س٩٠

متضمن للضمان الخارج منه المقام فكان الاولى الاستدلال له بما دل على وجوب رد الامانة - و ثانيا - ان مال المالك حيث كان التغير حادثا باذنه حال الفسخ هو العروض وهو الذى يجب ادائه لا النقد الذى اخذه - و اما ما فى المسالك تبعا لجامع المقاصد من الاستدلال له فيما اذا كان الفسخ بعد ظهور الربح بان استحقاقه الربح وان كان ثابتا بظهوره الا ان استقراره مشروط بالانضاض فيحتمل عروض مايقتضى سقوطه - فدفعه ما تقدم من عدم توقف استقراره عليه وان شئت قلت ان توقف الاستقرار على الانضاض فرع وجوبه فاثبات الوجوب بالاستقرار دور واضح - فالاظهر عدم وجوب الانضاض مطلقا - ولافرق فى ذلك بين كون الطالب له هو المالك او العامل .

واما الثانى ففى المسالك وقد اطلق المصنف وجماعة وجوب جبايته على العامل لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لاتجرى مجرى المال - ولان الدين ملك ناقص والذى اخذه كان ملكا تاما فليؤده كما اخذه لظاهر على اليد ما اخذت حتى تؤدى انتهى (ولكن) الحديث قد عرفت اشكاله - والادانة حيث تكون باذن المالك توجب عدم كون رد رأس المال على صفته واجبا ومع الشك يكفى اصالة البرائة عن الوجوب فالاظهر عدم وجوبه ايضا .

واما الثالث فالكلام فيه سياتى فى الوديعة فان المال بعد الفسخ امانة فى يد العامل كما مر فيلحقه حكم الامانة - والتمسك لوجوبه بحديث على اليد قد عرفت ما فيه -

الفصل السابع فى الوديعة

وحقيقتها الاستنابة فى الحفظ وهى الامانة بالمعنى الاخص وعرفها فى التذكرة بانها عقد يفيد الاستنابة فى الحفظ - والظاهر ان مراده بالعقد اللفظ او الفعل الذى ينشأ به ذلك وحيث عرفت ان العقد بنفسه من مقولة المعنى - كما عرفت ان اسامى المعاملات كلها اسام للاعتبارات النفسانية على ما مر فى كتاب البيع - فما فى الشرايع والمتن اولى - قال - فى الشرايع العقد وهو استنابة في الحفظ وفي المتن - (**وهى عقد**) والامر سهل

والاصل فى شرعيتها الكتاب والسنة والاجماع قال الله (١) تعالى « ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها » وقال عزشانه « فليؤد الذى ائتمن امانته و ليتق الله ربه» واما السنة فالاخبار بذلك بالغة حد التواتر - لاحظ - خبر (٣) الحسين الشيبانى عن الصادق (ع) قال قلت له رجل من مواليك يستحل من مال بنى امية ودمائهم وانه وقع لهم عنده وديعة فقال (ع) ادوا الامانة الى اهلها وان كانوا مجوسا - وخبر (٤) محمد بن مسلم عنه (ع) قال امير المؤمنين (ع) ادوا الامانات ولو الى قاتل ولد الانبياء - وخبر (٥) عمر بن ابى حفص عنه (ع) اتقوا الله وعليكم باداء الامانة الى من ائتمنكم فلو ان قاتل على بن ابى طالب ائتمننى على امانة لاديتها اليه - وخبر (٦) عمار بن مروان عنه (ع) - اعلم ان ضارب على (ع) بالسيف وقاتله لو ائتمننى على سيف واستنصحنى واستشارنى ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانه الى غير تلكم من الاخبار الاتى طرف منها فى ضمن المباحث الا تية - واما الاجماع فقد نقله جمع من الاساطين منهم المصنف ره قال فى محكى التذكرة وقد اجمع المسلمون كافة على جوازها وتواترت الاخبار بذلك - وفى الحدائق و يؤكد ذلك دلالة العقل والنقل على قضاء حاجة المؤمن و ادخال السرور عليه مع عدم المانع كما لو لم يثق من نفسه بالحفظ لبعض الاسباب المتوقف عليها ذلك انتهى - و بذلك يظهر ان قبول الوديعة مستحب - بل عن التذكرة بعد التصريح بالاستحباب ولو لم يكن هناك غيره فالاقوى انه يجب عليه القبول لانه من المصالح العامة و بالجملة فان القبول واجب على الكفاية ثم استثنى ما اذا تضمن القبول ضررا فى نفسه أوماله اوعلى احد من اخوانه المؤمنين ونفى فى الحدائق الباس عما ذكره - ولكن الوجوب الكفائى يتوقف على توقف حفظ المال على الاستيداع ووجوب حفظ مال الغير عن التلف و لا دليل على الثانى بل ظاهر ماذكروه فى اللقطة عدم وجوب الحفظ - والله العالم .

---

(١) سورة النساء آية ٥٨
(٢) سورة البقرة آية ٢٨٣
(٣-٤-٥-٦) الوسائل - باب ٢ من ابواب الوديعة حديث ٥-٦-٢-٨

ثم انه لاكلام فى انها من العقود لامن الايقاعات وتحتاج الى القبول ويشير اليه خبر عمار المتقدم - ومماذكرناه فى البيع و الاجارة وغيرهما يظهر انها كساير العقود تحتاج الى الانشاء ولايكتفى بمجرد الاعتبار النفسانى و لكن ما ينشأبه لايعتبر ان يكون لفظا بل يصح الانشاء بالفعل و بالقول والفعل معا بان يكون الايجاب بالقول والقبول بالفعل - ولايعتبر فيما ينشأبه العربية ولاالماضوية ولاتقدم الايجاب على القبول ولاالصراحة ولا الحقيقة - كما انه قد ظهر مما قدمناه اعتبار كون المتعاقدين بالغين عاقلين مختارين .

ثم ان فى المقام فرعين - ١ - قال فى الشرايع و لوطرح الوديعة عنده لم يلزم حفظها اذالم يقبلها. وهو ظاهر فانه مع عدم تحقق القبول لاتتحقق الوديعة فلو تركها ح وذهبت لم يكن عليه ضمان . . (وفى) المسالك ولكن يا ثم ان كان ذهابها بعد ما غاب المالك لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر واعانة المحتاج فيكون واجبا على الكفاية (وفيه) ان المعاونة على البر حسنة وليست بواجبة وكذا اعانة المحتاج مع ان ذلك ليس منها - و تفصيل القول فى المقام ان طرح الوديعة تارة يكون بعنوان الاستنابة فى الحفظ ويكون فعله ذلك مقرونا بمايوجب ظهوره فى كونه فعلا ينشأبه تلك - واخرى لايكون بهذا العنوان - فعلى الاول ان قبلها من طرحت عنده قولا اوفعلا تحققت الوديعة- ويترتب عليها احكامها من وجوب الحفظ وعدم الضمان بدون التقصير- وان لم يقبلها كان حكمها ماتقدم - و على الثانى يكون تلك ح امانة مالكية توضيح ذلك ان الامانة مالكية و شرعية - والامانة المالكية على قسمين - الامانة الحاصلة بالتامين العقدى كالوديعة - والامانة الحاصلة بالتامين بالتسليط على ماله برضاه وهى الامانة بالمعنى الاعم- وبهذا المعنى اطلقت الامانة على العين المستاجرة والمرهونة والمضارب بها وما شاكل - والامانة الشرعية فيما كان التسليط على المال بحكم الشارع كما فى تسليط الولى على مال القاصر وكالتسليط على مجهول المالك وما شاكل .

ثم ان الامانة المالكية بالمعنى الاعم انما تتحقق بالتسليط على المال عن الرضا

من دون توقف على شيء آخر كما يستفاد مما ورد في الابواب المتفرقة من العارية والمضاربة والوديعة ونحوها لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة موتمن ونحوه غيره من النصوص الكثيرة فانه ليس في شيء من هذه الموارد سوى التسليط على المال عن الرضا فيستكشف من ذلك ان كل تسليط عن الرضا ايتمان ويترتب عليه عدم الضمان وغيره مما يكون مترتبا على المؤتمن وعلى هذا ففي المقام لو طرح المال عنده فان لم يضع يده عليه فلاشيء عليه - وان اثبت يده عليه فلاضمان عليه لو تلف عن غير تقصير وهل يجب عليه حفظه ح كما في المسالك قال واليد توجب الحفظ الى ان ترده على مالكه لعموم(٢) على اليد ما اخذت حتى تؤدى - ام لايجب عليه الحفظ وجهان اظهرهما الثاني فان الدليل انما دل على وجوب الحفظ في الامانة بالمعنى الاخص واما في الامانة بالمعنى الاعم الحاصلة من التسليط عن رضاه التي ليس مقتضاها الاكون استيلائه عن رضا المالك - فلادليل على وجوب الحفظ - واما الحفظ من حيث انه مال محترم فلايجب اصلا ولذا لايجب التقاطه بل يكره - والتمسك بحديث على اليد غريب فان الحديث في الضمان ولايدل على وجوب الرد تكليفا مع ان يد الامين خارجة عن تحت الحديث فالاظهر عدم وجوب الحفظ عليه.

ويترتب على ذلك انه لو ترك الحفظ وتلف لايكون ضامنا اذ لو لم يكن الحفظ واجبا لم يكن تركه تفريطا - والى ماذكرناه يشير خبر(٣) اسحاق عن جعفر عن ابيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام كان يقول لاضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام ولم يأخذ على الثياب - فانه مع استيلاء الحمامي على الثياب يدل على انه لو كان اخذ الجعل على الثوب كان مكلفا بحفظه فترك التحفظ عليه تفريط

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية حديث ٦

(٢) سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠

(٣) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب الاجارة حديث ٣

فيكون ضامناوحالدح حال الوديعة بخلاف ما اذا لم يكن حفظ الثوب بعهدته فانه لايجب عليه الحفظ فتركه التحفظ ليس تفريطا فلايكون ضامنا .

٢- لواكره على قبضها لم تصر وديعة لعموم حديث (١) رفع ما استكرهوا عليه فلايجب عليه حفظها. وفي المسالك لكن يجب تقييده بمااذالم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختار افانه ح يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه انتهى وفيه. ان وضع يده عليها بعد زوال الاكراه ان كان بعنوان قبول الوديعة اوكان حين ما اكره قبل الوديعة وكان ذلك منه رضابه وكان المالك انشأ الوديعة قولا اوفعلا. وجب عليه الحفظ والافلا. وان كان المال عنده امانة مالكية كمامر .

الوديعة عقد جائز

ثم انه لاخلاف بينهم في ان الوديعة عقد (**جائز من الطرفين**) و في الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه وهو الحجة في تخصيص الاية (٢) وغيرها من ادلة اللزوم ويترتب عليه بطلانه بموت كل منهما اوبجنونه اواغمائه ونحو ذلك ممايخرج به ماله عن ملكه اوولايته عليه كماهو الشان في العقود الجائزة مطلقا على مامر في باب المضاربة . وقد عرفت هناك انه لايمكن اثبات ذلك بالدليل . ولكن لتسالم الاصحاب يبنى عليه فراجع ماذكرناه - ثم انه اذا بطل العقد فالمال يكون في يد الودعي امانة شرعية كمافي الشرايع والمسالك والجواهر وغيرها واستدل له بعدم اذن المالك الصوري وحصول الاذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليه للرد حسبة و ح يلحقه حكم غيره من الامانات الشرعية. ولكن يمكن ان يقال ان الامانة الشرعية ملاكها الترخيص في اثبات اليد على مال الغير لحفظه اولايصال المال الى مالكه كما استفيد من ادلة اللقطة ومجهول المالك وماشاكل - و ليس مجرد الترخيص الشرعي تامينا شرعيا. كما لواباح الشارع

---

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس .

(٢) سورة المائدة آية ٢

وضع اليد على العين المستأجرة لاباحة المالك اياه فانه من باب اباحة ما اباحه المالك لاتأمين من الشارع بل الترخيص الابتدائى منه كما فى اللقطة تامين من الشارع . وعليه ففى المقام غاية ما يثبت بالدليل وجوب رد المال الى صاحبه وهو و جوب عرضى يتبع حرمة امساكه فلا ترخيص ابتداء من الشارع فى وضع اليد عليه ولا ايجاب للايصال ابتداء حتى يكون حاله كحال الترخيص الابتدائى وعليه فليس هو امانة شرعية - بل يجب الرد من باب حرمة امساك مال الغير .

وعلى هذا فهل يكون ضامنا له لو تلف ام لا ـ يشهد للضمان عموم قاعدة (١) على اليد - فان الخارج عنها يد الامين وهو ليس امينا على الفرض - (واستدل) لعدم الضمان تارة بعدم شمول القاعدة للمقام نظرا الى ما عن المحقق النائينى ره قال ان الاخذ هو الاستعلاء على الشيء بالقهر والغلبة كما يشهد به موارد استعماله لاحظ قوله(٢) تعالى « وكذلك اخذ ربك اذا اخذ القرى » و قوله (٣) سبحانه « ولاخذنا منه باليمين ثم لقطعنا منه الوتين» وقوله تعالى(٤)«فاخذناهم اخذ عزيز مقتدر» وغير ذلكم من موارد استعماله - وعليه - فيختص الحديث بصورة الغصب ولا يشمل امثال المقام واخرى، بان قاعدة الاحسان تمنع عن الضمان بدعوى ان وضع يده على المال بداعى الايصال الى مالكه احسان اليه (٥) « وما على المحسنين من سبيل » الشامل لكل سبيل دنيوى اواخروى (ولكن) يرد على الاول ان الاخذ بحسب اللغة معناه تناول الشيء كان عن قهر وغلبة ام لم يكن و استعماله في غير موارد الاخذ بالغلبة و القهر كثير ،

---

(١) سنن بيهقى ج٦ ـ ص٩٠

(٢) سورة هود آية ١٠٢

(٣) سورة الحاقة آية ٤٦

(٤) سورة القمر آية ٤٢

(٥) التوبة آية ٩٢

لاحظ قوله (١) تعالى « خذ العفو » و قوله (٢) عزاسمه «خذمن اموالهم صدقة » وقوله عليه السلام خذهافانى اليك معتذروغير تلكم من الموارد فالحديث يدل على الضمان فى كل مورد كان مال الغير تحت اليد ومن تلك الموارد المقام - ويرد على الثانى ان قاعدة اليد تخصص بقاعدة الاحسان كتخصيصها بقاعدة الايتمان الا انها فى موارد التمحض فى الاحسان كما لوعلم من حال المالك رضاه بوضع اليد على ماله لايصاله اليه فانه ليس هناك تسليط ليكون امانة مالكية لكنه يجوز وضع اليد عليه فوضع اليد للايصال احسان محض منه ومع تلفه قبل وصوله لاضمان - واما فى المقام فايصال المال الى صاحبه و اجب من حيث حرمة امساكه فهو ح ترك الاسائة لامن باب انه احسان محض - فتحصل مماذكرناه انه يكون ضامنا لو تلف قبل الايصال - الاان يثبت الاجماع على عدم الضمان .

وجوب الحفظ على المستودع

ثم ان تمام الكلام فى هذا الفصل فى طى مسائل -الاولى(**ويجب حفظها**)اى الوديعة (**بمجرى العادة**) كالثوب فى الصندوق والشاة فى المراح والدابة فى الاصطبل او ما يجرى مجرى تلكم فى الحرز لمثلها فى العادة كما هو الشان فى كل مالا حدله شرعا فانه يرجع فيه الى العرف و العادة - و منه المقام فان الوديعة كما مر استنابة فى الحفظ وليس لهافى الشرع حد فيتعين الرجوع فيها الى العادة -وعلى ذلك فلايهمنا النزاع فى المصاديق مثل انه هل يجب ان يكون الصندوق محرزا ام يكفى مطلقه فان الضابط ماذكرناه والميزان هو حفظها بما يحفظ به امواله - ولافرق فى ذلك بين علم المودع بان المستودع ليس له مايحفظ فيه الوديعة او عدم علمه بذلك والدليل على وجوب الحفظ - مضافا الى الاجماع المحقق وكون ذلك من مقتضيات عقد الوديعة

---

(١) سورة الاعراف آية ٢٠٠

(٢) سورة التوبة آية ١٠٣

فانها كما مر استنابة في الحفظ- الايات والنصوص المتقدمة الدالة على وجوب رد الامانة فانه لولا وجوب حفظها لم يجب ادائها ولو كان يجوز له اهمالها وعدم حفظها كيف يترتب عليها وجوب الاداء- والاخبار الاتية الدالة على الضمان مع ترك الحفظ اذ لو لم يكن الحفظ واجبا لم يكن وجه للضمان بتركه .

(ولو عين المالك حرزا تعين) لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه **(فلو خالف ضمن)** لانه عاد وقد استثنوا من ذلك موردين (الاول) ما اذا كان النقل الى الاحرز فقد ادعى الاجماع على انها في هذا المورد لو تلفت لا تضمن واضاف جمع منهم اليه النقل الى مثله-والتحقيق ان يقال انه ان فهم من التعيين ان الغرض المعاملي له الاحتفاظ وانما عين المحل الخاص من باب المثال فمع النقل الى الاحرز او المساوي لا ضمان والا فالمتجه هو الضمان (الثاني) ماذكره المصنف ره بقوله **(الا مع الخوف)** اجواز النقل ح حسبة - بل قالوا انه لو قال المودع لا تنقلها عن هذا المكان وان تلفت فيه لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي بل حرم عليه اضاعة المال واتلافه في غير وجهه ومن ذلك النهي عن التبذير وعن تمكين السفهاء من الاموال التي جعلها الله قواما فهل يجب النقل ح كما في المسالك لان الحفظ واجب عليه ولا يتم الا بالنقل وللنهي عن اضاعة المال ام لا - الظاهر هو الثاني فان وجوب الحفظ ان كان بمناط وجوب حفظ المال المحترم فقد مر انه لا وجه لوجوبه ولذا لا يجب التقاطه بل يكره - وان كان بمناط وجوب حفظ الوديعة - فالمفروض انه بالنقل يخرج عن الوديعة فانه قيد فيها عدم النقل - واما النهي عن اضاعة المال فهو بالنسبة الى المالك ولا دليل على حرمتها على غير المالك حتى بترك الحفظ اياه عن التلف بل لا يحرم ذلك قطعا فالاظهر عدم وجوبه وعليه فحيث يجوز شرعا النقل حسبة فلا ضمان عليه لو نقلها وتلفت لقاعدة الاحسان بالتقريب المتقدم .

فى وجوب سقى الدابة وعلفها على الودعى

الثانية **(ويجب على الودعى علف الدابة وسقيها ويرجع به على المالك)** على المشهور بين الاصحاب بل بلا خلاف فى ذلك فى الجملة ـ وتفصيل القول فى المقام ان هيهنا صورا.

الاولى ـ ان يامره المالك بذلك لا اشكال فى انه يجب عليه كما صرحوا به لانه من مقدمات الحفظ المامور به ويرجع به على المالك وذلك لان حقيقة الوديعة هى الاستنابة فى الحفظ فهى وان كانت بطبعها آبية عن التعويض والا لكانت اجارة على العمل لا وديعة موجبة لتنزيل الودعى منزلة المالك فى حفظها الذى لاعوض امالكها ولكن ذلك بالنسبة الى الحفظ نفسه واما ما يتوقف عليه الحفظ من مال او عمل فالوديعة بنفسها لا اقتضاء بالنسبة اليه من حيث التعويض وعليه فاذا كان المالك مستوفيا له بالامر به كان ذلك موجبا للضمان فيرجع الودعى اليه واما قاعدة احترام المال التى استدل بها بعضهم فى المقام للضمان ـ فقدمر انها بنفسها ليست من موجبات الضمان ولا توجب الرجوع الى من وصل نفعه اليه.

الثانية ان ينهاه عن ذلك ففى الشرايع وغيرها لم يجز القبول بل يجب سقيها وعلفها (واستدل له) فى المسالك وغيرها بانه حق الله تعالى كما انه حق المالك فلا يسقط حق الله تعالى باسقاط المالك حقه وبان اتلاف المال منهى عنه (ولكن) قدمر ان حفظ الحيوان من التلف لا يكون واجبا على غير المالك ولذا لا يجب التقاط الحيوان اذا خاف عليه التلف والحفظ بعد الالتقاط من جهة كونه امانة شرعية يجب حفظها من التلف ـ كما ان وجوب الحفظ على مالكه انما هو من جهة وجوب نفقة المملوك على مالكه ـ لا من حيث حفظ النفس المحترمة والمفروض انه لا يجب الحفظ من جهة الوديعة لنهى المالك عنه ـ واما حرمة اتلاف المال فقد عرفت انه مختص بالمالك فحرمة الاتلاف غير المستلزم للتصرف فى ملك الغير غير ثابتة والاصل عدمها فعلى هذا لا يجب عليه سقى الدابة فى هذه الصورة ولا علفها ـ بل لا يجوز من غير مراجعة

الحاكم فانه تصرف في مال الغير بلا رضاه ـ ولو سقاها واعلفها والحال هذه ليس له الرجوع بقيمتهما على المالك كما ظهر مما ذكرناه في الصورة الاولى .

الصورة الثالثة ان يطلق المالك المودع لا يامره ولا ينهاه ـ والظاهر في هذه الصورة وجوب السقي والعلف لانهما من مقدمات الحفظ المامور به ـ بل قد يقال كما عن التذكرة وغيرها ان مقتضى الشرط الضمني هو ذلك ـ وهل يرجع بما بذله في مقام حفظه الى المالك ام لا الظاهر ذلك لا لمجرد وجوب الحفظ ـ فانه لا اقتضاء من حيث المجانية وعدمها ـ ولا احرمة المال المبذول فانها لا توجب الضمان مالم يكن المالك مستوفيا له بالمباشرة او بوكيله او بامر احدهما او بامر الحاكم ـ بل لمفهوم قوله عليه السلام في صحيح(١) ابي ولاد في جواب قول السائل جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه (لا لانك غاصب) فانه يستفاد منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الدابة.فالمتحصل مما ذكرناه انه مع الاطلاق او الامر بهما يجب السقي و العلف ـ ويرجع بما بذله على المالك .

بقي الكلام في الضمان مع الاهمال في حفظ الدابة بترك السقي والعلف فالظاهر هو ذلك ـ لا لوجوب الحفظ فانه لا يوجب تركه الا الاثم ـ ولا من جهة تخلف الشرط الضمني او الصريح فان ترك الوفاء بالشرط ليس من موجبات الضمان بل لان ترك الحفظ داخل في التعدي او التفريط ـ وسيجيء ان اليد معه مضمنة والنصوص الخاصة دالة عليه ايضا(ثم انه) لا يهمنا البحث في جواز اخراج الدابة من المنزل وعدمه لما مر(ومما ذكرناه) يظهر حكم مالو كانت الوديعة غير الحيوان كشجر وبناء ونحوهما ـ وانه مع الاطلاق او الامر بانفاق ما يتوقف عليه حفظها يجب ويرجع بما بذله على المالك ـ

ضمان المستودع مع التعدى او التفريط

الثالثة (**ويضمن المستودع مع التفريط**) بترك التحفظ أو التعدي بالمخالفة

---

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب

فى كيفية الحفظ أوالخيانة بالتصرف فى المال - والضابط هوالتقصيروان حصره بعضهم فى ستة - الانتفاع بها - والايداع - و التقصير فى دفع المهلكات - و المخالفة فى كيفية الحفظ - و التضييع بان يلقيها فى مضيعة - والجحود و (لا) يضمن (بدونه) بلاخلاف فيهما - بل عليهما الاجماع بقسميه فى الجواهر - ويشهد بهما مضافا الى قواعد باب الضمان كما مرفى الاجارة والمضاربة وغيرهما - النصوص الخاصة المعلقة جملة منها لعدم الضمان على الايتمان اما بجعله سببا او عنوانا لعدم الضمان - لاحظ مارواه (١) المشايخ الثلاثة فى الصحيح والحسن عن ابى عبد الله عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وصحيح (٢) زرارة اوحسنه عنه عليه السلام عن وديعة الذهب و الفضة فقال عليه السلام كل ماكان و ديعة ولم يكن مضمونة لاتلزم - و موثق (٣) اسحاق بن عمارعن ابى الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعة وقال الاخرانما كانت لى عليك قرضا فقال عليه السلام المال لازم له الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة - و صحيح (٤) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام عن الرجل يستبضع المال فيهلك او يسرق أعلى صاحبه ضمان فقال عليه السلام ليس عليه غرم بعدان يكون الرجل امينا و نحوها غيرها اضف الى ذلك النصوص الدالة على الضمان بالتعدى و الاستهلاك فى باب المضاربة والرهن بعد معلومية اشتراك الجميع فى الحكم المزبور باعتبار كونها امانة مع انه يدل على الضمان بالتعدى مكاتبة (٥) محمد بن الحسن الى ابى محمد عليه السلام رجل دفع

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب العارية حديث ٦ و باب ٤ من ابواب الوديعة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب الوديعة - حديث ٤

(٣) الوسائل - باب ٧ من ابواب الوديعة حديث ١

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب المضاربة حديث ٨

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب الوديعة حديث ١

الی رجل ودیعة فوضعها فی منزل جاره فضاعت هل یجب علیه اذا خالف امره واخرجها عن ملکه فوقع علیه السلام هوضا من لها انشاء الله - وعلی الجملة - فان المستفاد من مجموع الادلة بعدضم بعضها الی بعض ان تلف المال عند الودعی لا یوجب الضمان الا مع التقصیر فی الحفظ - الموجب لخروج الید عن کونها ید امانیة و ماذونة و صیرورتها خیانة.

ثم انه وقع الخلاف والکلام فی جملة من الموارد کترک مایحفظ به الودیعة مثل نشر الثوب وطیه وتعریضه للهواء والمسافرة بها - واخراج الودیعة من الحرز لینتفع بها - والجحود وماشاکل - وحیث انه لانص فی شیء من الموارد یعتمد علیه - فلابد فی کل مورد من عرضه علی المیزان المتقدم ثم الحکم بالضمان و عدمه فلایهمنا البحث فی کل مورد بالخصوص (نعم) لابأس ببیان حکم ما لوضیع بالنسیان فالمحکی عن جماعة منهم المصنف ره فی التحریر وولده والمحقق الثانی الضمان - واستدل له بان الدلیل دل علی ان الامین یضمن مع التعدی أو التفریط وحدیث (۱) رفع النسیان لایصلح رافعا للضمان لکونه فی مقام الامتنان ولا امتنان علی الامة فی رفعه ولذا فی سایر موارد الضمان لایرتفع الضمان مع تحقق السبب نسیانا.

واورد علیه بان مقتضی اطلاق مادل علی عدم ضمان الامین العموم وغایة ما خرج منه العامد الاثم دون غیره فاطلاق ذلک یقتضی عدم الضمان وبه یرفع الید عن قاعدة علی الید (۲) وفیه انه وان لم یکن دلیل لفظی یدل علی انه فی هذا الباب یکون المتعدی او المفرط ضامنا - ولکن لاریب فی استفادة ذلک من مجموع ما تقدم - بل یمکن ان یقال انه یستفاد ذلک من نفس مادل علی انه لاضمان علی الامین فان اخذ الامانة عنوانا للموضوع مشعر بذلک والمضیع وان کان عن نسیان لیس یده امانیة - فالاظهر هو الضمان.

---

(۱) الوسائل باب ۵۶ من ابواب جهاد النفس

(۲) سنن بیهقی ج ۶ ص ۹۰

اعادة الوديعة بعد التفريط

ثم ان المعروف بين الاصحاب انه اذا اعاد الوديعة بعد التعدى او التفريط الى الحرز لم يبرأ **(ولايزول)** الضمان قال فى محكى التذكرة اذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع اما بنقل الوديعة و اخراجها من الحرز اواستعمالها كركوب الدابةولبس الثوب اوبغيرهامن اسباب الضمان ثم انه ترك الخيانة وردالوديعة الى مكانها وخلع الثوب لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع ولم يزل عنه الضمان ولم تعدامانة انتهى (والتحقيق) يقتضى ان يقال ان الدليل دل على عدم ضمان الودعى خرج عن ذلك ما لوكان متعديا او مفرطا ـ و عليه ـ فاذا فرط او تعدى ثم عاد ـ يدخل المقام تحت كبرى كلية مذكورة فى الاصول . وهى انه اذا فرض خروج بعض الافراد فى بعض الازمنة عن العموم ـ فهل فيما بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد يجرى استصحاب حكم الخاص اويتمسك بالعموم ـ وحيث ان المختار عندنا هو التمسك بالعموم مطلقا و ان لم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازمانى ولا يصح الرجوع الى الاستصحاب ـ فالمتعين فى المقام البناء على ارتفاع الضمان وعدم بقائه ـ لفرض ان الوديعة لاتنفسخ بالخيانة بل تلك الوديعة فى حال الخيانة خارجة عن تحت عموم مادل على عدم الضمان ـ فاذا اعادها الودعى فقد دخلت تحت العموم ولا مجال لاجراء استصحاب بقاء الضمان ـ واولى بذلك ـ مالوجدد المالك له الاستيمان بان فسخ العقد السابق ثم اودعه جديدا.فان قيل ـ ان المصنف ره ادعى الاجماع على الضمان فهوالمقيد للاطلاق ـ قلنا ـ انه ليس اجماعا تعبديا لاستدلالهم له بالاستصحاب

ثم انه على تقدير ما بنى عليه القوم من الضمان والخروج عن كونه وديعة ـ فالظاهر انه لايزول الضمان **(الابالرد الى المالك)** وعود الحكم الاول انما هو بتجديد المالك له الوديعة **(اوالابراء)** بان يبرأه المالك من الضمان ـ والاول مورد الوفاق انما الخلاف بينهم فى انه لولم يردها ولكن جدد له المالك الايداع ـ فظاهر الاكثر انه كالاول وعللوه بان الضمان انما كان بحق المالك وقد رضى بسقوطه باحداثه

مايقتضى الامانة - وقيل لايزول الضمان وهو ظاهر المتن واستدل له بظاهر قوله ﷺ (١) على اليد ما اخذت (وقال) فى المسالك ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا فان المستودع هنا قد صار بتعديه بمنزلته والمسألة موضع اشكال اذ لا منافاة بين الوديعة و الضمان كما فى المفروض المذكور فلايزول السابق بتجدد مالاينا فيه مع عموم قوله ﷺ على اليد ما اخذت حتى تؤدى و من انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلا فى حفظها وذلك يقتضى رفع الضمان - الى ان قال والاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن المالك فى الحفظ فكانت يده كيده وقبضه لمصلحته فكان المال فى يده بمنزلة ماكان فى يد المالك بخلاف الرهن انتهى (اقول) انه اذا فسخ المالك الوديعة الاولى وجدد العقد ولم يرجع المال الى يده - وقلنا بصحة الثانى - فلا اشكال فى ارتفاع الضمان ولا مورد للتمسك بعموم على اليد - لان يده بمقتضى الوديعة الثانية يد امانية (اللهم) الا ان يقال مبتنيا على الكبرى المتقدمة ان يده هذه كانت يد ضمان فبعد ارتفاع العدوان والخيانة يشك فى بقاء الضمان ودخولها تحت مادل على عدم الضمان على الامين فيستصحب الضمان - ولكن قد اشرنا الى بطلانها - وان لم يفسخ المالك الوديعة الاولى وقال اذنت لك فى حفظها اواودعتكها او نحو ذلك فلا كلام فى عدم انفساخ الاولى و عدم حدوث عقد جديد - فح ان اراد بذلك البرائة من الضمان فسياتى حكمه - والا (فقد استدل) فى المسالك لعدم الضمان - تارة بانه لحق المالك وقد رضى بسقوطه باحداثه ما يقتضى الامانة - واخرى - بان المستودع نائب عن المالك فكان يده كيده (وفيه) انه لم يحدث مايقتضى الامانة ومجرد رضا المالك بسقوطه لايكفى فى السقوط - وكون يد المستودع كيد المالك اول الكلام - ومما افاده من ابتناء ذلك على مسألة ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا - غير تام فان المفروض فى المقام عدم فسخ العقد الاول ومعه لايؤثر الثانى شيئا قطعا .

---

(١) سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠

واما الثانى وهو الابراء - فقد جزم المصنف ره والمحقق فى الشرايع بحصول البرائة من الضمان به (ووجهه) ان الضمان كان لحقه فيسقط باسقاطه (واورد عليه) صاحب الجواهر و قبله غيره بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان ضرورة عدم ثبوت مال فى الذمة يكون مورد اللابراء فان المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلفت بالمثل او القيمة فهو كما لو قال للغاصب ابرأتك من ضمان المال المغصوب فى يدك ونحوه مما هو ابراء عما لم يجب بعد - و تاهل الذمة للاشتغال على تقدير التلف لم يثبت قابليته للسقوط بل مقتضى الاصل واطلاق مادل على سببية الضمان الشامل لصورة الاسقاط عدم سقوطه بالاسقاط (وفيه) اولا ان الابراء ان كان ابراء على تقدير الثبوت لا تنجيزيا لا يكون من قبيل ابراء مالم يجب. وثانيا - ان الضمان المسبب عن التعدى او التفريط كالضمان فى ساير الموارد غير العقود الصحيحة - عبارة عن كون العين فى العهدة و اثر ذلك لزوم دفع العين مادام بقائها - والبدل على تقدير التلف ففى جميع الموارد تكون العين فى العهدة حتى بعد التلف و على ذلك فالابراء عنه لا اشكال فيه اصلا - بعد معلومية كون الضمان من الحقوق القابلة للاسقاط لا من قبيل الحكم .

حكم ما اذا اتلف الاجنبى الوديعة

ثم انه بعد ما عرفت من وجوب الحفظ فاعلم انه اذا اراد ثالث اخذ المال الذى جعل و ديعة عنده قهرا او اراد اتلافه - فان تمكن من الدفع من دون ان يترتب عليه ضرراً ومشقة وجب لانه مقدمة للحفظ المامور به على جهة الاطلاق - ولو توقف ذلك على بذل مال - فهل يجب البذل ام لا - وعلى تقدير البذل هل يرجع بما بذله على المالك خلاف فى الجهتين وقد تقدم ماعندنا عند بيان حكم علف الدابة وسقيها وماذكرناه فى تلك المسألة جارهنا .

ولو توقف الدفع على الكذب جاز بل وجب بل **(و)** عليه ان **(يحلف للظالم)** لو طواب باليمين - على ماسياتى الكلام فى ذلك مفصلا فى كتاب الايمان و النصوص

الخاصة شاهدة بذلك - **(و)** هل يجب ان **(يوري)** مع التمكن من التورية الظاهر ذلك كما سياتى فى ذلك الكتاب .

ولو ادى وظيفته ومع ذلك اخذ منه قهرا او اتلف فلا ضمان عليه بلا خلاف اجده فيه بل الا جماع بقسميه عليه كذا فى الجواهر - لقاعدة الا يتمان - (ودعوى) اختصاصها بالتلف وفى المقام اما اتلاف اواخذ وعلى التقديرين لا تلف (مندفعة) اولا بصدق التلف عليهما بكل من اتلاف الثالث واخذه كما يشهد به خبر (١) عقبة ابن خالد الوارد فى تلف المبيع قبل قبضه من اطلاق التلف على سرقة المتاع - وثانيا انه لم يؤخذ فى ادلة عدم الضمان على الامين خصوص التلف بل صرح فى بعضها بالسرقة كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) عن الرجل يستبضع المال فيهلك اويسرق اعلى صاحبه الضمان فقال (ع) ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل امينا - ثم الظاهر انه لا اشكال فيه سواء كان قد تولى الظالم اخذها من يده او من مكانها التى كانت فيه اوقهره على الاتيان بها فدفعها اليه لصدق عدم التفريط فيهما ولا ضمان عليه فيهما وانما الضمان على الظالم - كما هو المشهور بين الاصحاب .

وعن ابى الصلاح وابى المكارم و المصنف ره فى التذكرة والتحرير انه يجوز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه الى من امره الظالم - لانه باشره تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم على اليد وان كان قرار الضمان عليه (وقواه) فى الجواهر بتقريب ان التسليم الى الظالم من اقسام الا تلاف والمخصص بقاعدة الا يتمان قاعدة على اليد دون قاعدة الاتلاف (ولكن) يرد على الوجه الاول ان التسليم الى الظالم ان كان جائزا له فلا يكون به مفرطا ولا متعديا ومعه يدخل فى قاعدة الايتمان وهى تخصص قاعدة على اليد - واما ما افاده فى الجواهر - ففيه ان التسليم الى الظالم لا يعد اتلافا للمال بل لو كان ذلك اتلافا يكون فاعله الظالم الاخذ فهو المتلف باخذه

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الخيار - من كتاب التجارة حديث١

(٢) الوسائل باب٣ من ابواب كتاب المضاربة حديث٣

لاالودعى المسلم اليه ـ وانما فعله مقدمة للاتلاف لا انه اتلاف فتدبر فالاظهر عدم الضمان عليه .

(ولو اقر له لم يضمن) عند الماتن ـ وفي المسالك في شرح قول المحقق ولايلزم دركها هذا اذالم يكن سببا في الاخذ القهرى كمالو كان هو الساعى بهاالى الظالم ولم يقدر بعد ذلك على دفعه فانه يضمن لانه فرط في الحفظ بخلاف مالو كانت السعاية من غيره او علم الظالم بها من غير سعاية ومثله مالوا خبر اللص بها فسرقها انتهى وتبع في ذلك المصنف ره في التذكرة والمحقق الثاني (وهو متين) فان اخبار الظالم بها نظير جعلها في غير حرز ينافي الحفظ المامور به فيكون متعديا .فلايرد عليه ما في الجواهر من الشك في تحقق الضمان ولو المشك في الاندراج تحت ماجعلوه عنوانا له من التعدي والتفريط والتضييع ونحوها لان عموم على اليد ونحوه مخصوص بقاعدة الايتمان ـ اذ لاشك في عدم صدق الحفظ ومعه يصدق التعدى او التفريط لتركه ماوجب عليه وقاعدة الايتمان مختصة بغير المفرط و المتعدى والمضيع (نعم) لوتم ماذكره من الشك في صدق العنوان الخارج تم ما افاده من جهة ان التمسك بعموم على اليد من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية وهو لايجوز فيتعين الرجوع الى اصالة البرائة عن الضمان (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الاظهر فيما لو اقر له من غير ان يكون الاقرار لدفع الضرر او الحرج او ماشاكل من موانع التكليف يكون ضامنا ـ وان كان قرار الضمان على الظالم .

يجب ردالوديعة على المودع

الرابعة **(و يجب ردها)** اى الوديعة **(عقلا على المودع او الى ورثته بعد موته)** مع المطالبة في اول اوقات الامكان بلا خلاف في الوجوب وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ـ وقد تقدم ماعن التذكرة من اجماع المسلمين كافة عليه ـ ويشهد به مادل(١)

---

(١) النساء آية ٥٨ـ الوسائل باب ٢ ـ من ابواب الوديعة

من الكتاب والسنة على الامر باداء الامانة الى اهلها المتقدمة فى اول هذا الفصل - ومادل (١) على عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير اذنه والفرض عدمه هنا لا نقطاع الاذن بالمطالبة - و اما كون الوجوب بحكم العقل ايضا فتقريبه مامر فى اول هذا الفصل .

ثم انه لاريب فى تقيد هذا الحكم كساير الاحكام الشرعية بالا مكان العقلى وهل يعتبر الامكان الشرعى كما صرح به فى المسالك وغيرها - لان المانع الشرعى كالمانع العقلى - الظاهر ذلك الا ان كون حكم شرعى آخر مانعا عن ذلك يتوقف على وجود احد المرجحات لباب التزاحم - وبعبارة اخرى بعد رعاية قواعد ذلك الباب وتقديم مايزاحم ذلك لاريب فى سقوطه - وفى المسالك والمراد بالامكان مايعم الشرعى والعقلى والعادى - والظاهر ان مراده بالامكان العادى مالولم يكن فى الرد مشقة - وعليه فدليل اعتباره مادل على رفع العسر والحرج - ومنه يظهر الحكم فى جملة من الفروع المذكورة فى المقام - مثل مالوكان فى الحمام فطلب المالك منه الرد ولايتمكن منه الابخروجه من الحمام وانه يجوز له اكمال الحمام اذا كان فى عدمه المشقة و نحو ذلك غيره من الفروع فان الضابط الكلى هو اللزوم ان لم يكن فيه حرج ومشقة والافيجوز التاخير - وهل التاخير ليشهد عليه عذر املا ام يفصل بين مااذا كان لصاحب المال بينة على كون ماله عنده فله ذلك وبين غيره فلا - اقوال - خيرها اوسطها - بعد فرض ان قوله فى الرد مقبول فلاحاجة الى البينة .

وهل يجب الرد حتى لو كان المالك ممن يجوز تملك ماله كمالوكان المودعى عنده مال هو غاصب له واراد المقاصة من الوديعة - اوكان ماله فيئا للمسلمين اوكالاموال المباحة كما اذا كان المودع كافرا حربيا او جهان صرح جمع من الا صحاب بالاول وفى الجواهر ره ان لم يكن اجماع على وجوب الرد حتى على الحربى وحتى على

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلي - والمستدرك ج١ ص ٢١٢-

من عليه حق المقاصة وغيرهم امكن المناقشة فيه انتهى (اقول) اما المقاصةمن الوديعة ففيهاروايتان(احداهما) دالة على الجوازوهى صحيحةابى العباس (١)البقباق ان شهابا ماراه فى رجل ذهب له بالف درهم واستودعه بعدذلك الف درهم قال ابو العباس فقلت له خذهامكان الالف التى اخذ منك فابى شهاب قال فدخل شهاب على ابى عبدالله(ع) فذكر ذلك له فقال(ع)اما انا فاحب ان تاخذو تحلف ـ وخبر (٢) على بن سليمان قال كتبت اليه رجل غصب مالا او جارية ثم وقع عنده مال بسبب و ديعة او قرض مثل ما خانه اوغصبه ايحل له حبسه عليه املا فكتب (ع) نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فياخذ منه ماكان عليه و يسلم الباقى اليه انشاء الله (الثانية) مايدل على المنع ـ كصحيح (٣) معاوية بن عمار عن الصادق (ع) قلت له الرجل يكون لى عليه حق فيجحدمنه ثم يستود عنى مالا الى ان آخذ مالى عنده قال لا هذه الخيانة ـ وخبر (٤) ابن اخى الفضيل بن يسار كنت عند ابى عبدالله (ع) ودخلت امرأة وكنت اقرب القوم اليها فقالت لى اسأله فقلت عماذا فقالت ان ابنى مات وترك مالا كان فى يداخى فاتلفه ثم افاد مالا فاودعنيه فلى ان آخذ منه بقدر مااتلفه من شىء فقال(ع)لا قال رسول الله(ص) اداالامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك ـ والجمع بين الطائفتين يقتضى البناء على الكراهة والمسألة محررة مستوفاة فى اواخر كتاب القضاء فراجع ونسب القول بالجواز هناك الى اكثر المتاخرين وفى ملحقات العروة الظاهر انه المشهور ـ واما وجوب الرد على الحربى ـ فهو الظاهر من النصوص المتقدمة المتضمنة للرد وان كان المودع مجوسيا ـ اوكان قاتل ولد الانبياء ـ اوانه لو ائتمننى قاتل على(ع) على السيف لاديت اليه الامانة ولا منافاة بينها وبين مادل على حلية امواله ـ كى يقال ان النسبة عموم من وجه ـ فانه يمكن ان يكون الرد واجبا من جهة كونه رد اللامانة وان كان المال مع قطع النظر عن هذا العنوان كان يحل اخذه هذا على تقدير عدم القول بان ماله فیء

---

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ٢ كتاب التجارة

(٢ـ٣ـ٤) الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ـ٩ـ١١ـ٣

للمسلمين و الا فالوديعة باطلة كما لا يخفى - وكيف كان فلا اشكال فى وجوب الرد على من لم يكن كك (**الا ان يكون**) المودع (**غاصبا**) لها فانه لا يجوز الرد اليه لعدم الوديعة شرعا بل يمنع عنها (**فيردها على مالكها**) ان عرف (**ومع الجهل**) به تكون هى (**لقطة**) لخبر (١) حفص بن بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الاكثر عن الصادق عليه السلام عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم اومتاعا واللص مسلم هل يرد عليه فقال عليه السلام لا يرده فان امكنه ان يرده على اصحابه فعل والا كان فى يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم فان اختار الاجر فله الاجر وان اختار الغرم غرم له و كان الاجر له .

ثم ان الامر بالتصدق بها وان كان فى نفسه ظاهرا فى الوجوب الا انه حيث رتب ذلك على جعله بمنزلة اللقطة فعلى القول فى اللقطة بجواز التملك يحمل الامر فيه على ارادة بيان احد الافراد او على الترخيص و لذلك قال المصنف ره (**يتصدق بها ان شاء**) - وعليه فما عن الارشاد وتبعه الشهيد الثانى من التخيير بين الصدقة بها مع الضمان وابقائها امانة - لا ينافى ذلك. وكيف كان فلا يصغى الى ما عن الحلبى والحلى من وجوب الرد الى امام المسلمين ومع التعذر يبقى امانة ثم يوصى بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق - و بالجملة فبعد ما عرفت من انجبار ضعف الخبر بالعمل لا ينبغى الترديد فى ان له ان يتصدق به (**الا ان يمتزج بمال الظالم فيرد عليه**) ان لم يمكن للمستودع تمييز المالين ولو بالقسمة - عند الاصحاب على ما نسب اليهم وعن الغنية والسرائر الاجماع عليه تقديما لاحترام المال المعلوم مالكه على غيره الذى لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه (ولكن) يشكل ذلك فان المال المفروض مركب من ما يجب رده الى صاحبه و ما يتعين التصدق به عن مالكه فتقديم احدهما يحتاج الى دليل - فما افاده فى المسالك وتبعه عليه غيره من ان الاوفق بالقواعد

---

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب كتاب اللقطة - حديث ١

رده على الحاكم مع امكانه ليقسمه ويرده على الغاصب ماله ـ هو المتجه ـ ومع عدم امكانه يقوم عدول المؤمنين مقامه كما فى كل حسبة .

فروع التنازع

الخامسة فى فروع التنازع ـ وملخص القول فيها ـ انه (تارة) يدعى الودعى تلف المال والمودع ينكره (واخرى) يتوافقان على التلف ولكن المودع يدعى التفريط والودعى ينكره (وثالثة) يدعى المستودع رد المال والمودع ينكر ذلك (ورابعة) يتوافقان على الوديعة وعدم الرد والتلف مع التفريط ويختلفان فى القيمة (وخامسة) يتنازعان فى ان المال التالف هل هو كان وديعة فلا ضمان ام كان قرضا فعليه عوضه ـ قال المصنف ره **(والقول قول الودعى فى التلف وعدم التفريط والرد والقيمة مع يمينه وقول المالك على انه دين لا وديعة مع التلف)** فهيهنا فروع خمسة .

١ ـ اذا اعترفا بالوديعة وادعى الودعى التلف وانكره المودع فالقول قول الودعى على المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة سواء اسنده الى سبب اولا وسواء كان ظاهرا كالغرق والحرق اوخفيا كالسرقة ونحوها بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا اجمع ـ والوجه فى ذلك انه امين وعدم تصديقه فى دعوى التلف يندرج تحت عنوان اتهام المؤتمن وقد ورد(١) انه ليس لك ان تتهم من ائتمنته ـ اضف اليه مرسل (٢) المقنع عن الصادق عليه السلام عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله قال عليه السلام نعم ولا يمين عليه (فما) عن الشيخ فى المبسوط من انه لا يقبل قوله الا بالبينة فى التلف بامر ظاهر لعموم البينة (مردود) بالشذوذ والعموم المزبور يجب تخصيصه بما مر ـ كما افاده بعضهم (وهل) يقبل قوله بلا يمين كما عن الصدوق والشيخ فى النهاية وابن

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كتاب الوديعة حديث ١

(٢) الوسائل ـ باب ٤ من ابواب كتاب الوديعة حديث ٧

حمزة بل عن الفقيه قضى مشايخنا رضى الله عنهم على ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن ولايمين عليه (ام) يعتبر اليمين لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبينة واليمين كما فى الجواهر وجهان - الظاهر انه لاحاجة الى اليمين الاعند التنازع عندالحاكم - ولعل القائلين بعدم الحاجة اليه نظرهم الى غير باب الخصومة عند الحاكم - كما ان نظر صاحب الجواهر ره الى صورة النزاع عنده .

-٢- اذا ادعى الودعى الرد و انكره المالك فالمشهور انه يقبل قوله و عن جماعة الاجماع عليه بل ارسلوه فى غير المقام ارسال المسلمات و وجهه ظاهر مما قدمناه .

-٣- لواتفقا على التلف و لكن المالك ادعى التفريط و انكره الودعى - فلااشكال فى تقدم قول الودعى لما مر ولان مادل على الضمان بالتعدى والتفريط يخصص مادل على عدم ضمان الامين و بعد الجمع بينهما يكون الخارج عن تحت مادل على الضمان مطلقا الامين غير المفرط وغير المتعدى فاصالة عدم التفريط و التعدى تثبت عنوان الخاص فيثبت حكمه وهو عدم الضمان .

٤- لو اختلفا فى القيمة فعن الشيخ ره ان القول قول المالك محتجا بانه بالتفريط خرج عن الامانة فلايكون قوله مسموعا و قيل ان به رواية - وفى المتن والشرايع و المسالك و الجواهر ان القول قول الغارم مع يمينه ونسبه فى المسالك الى الاكثر - وهو الاظهر لاصالة البرائة عن الزايد وخروجه عن الامانة لايخرجه عن حكم المنكر والخبر لم يصل الينا .

-٥- لوقال المالك اقرضتك العين وقال القابض اودعتنيها والعين تالفة فالظاهر كما افاده المصنف ره وغيره ان القول قول المالك لموثق (١) اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا الف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندى وديعة وقال الاخر انما كانت لى عليك قرضا فقال عليه السلام المال لازم له الا ان يقيم البينة

---

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب كتاب الوديعة حديث ١

انها كانت وديعة وموثقه (١) الاخر عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل قال لرجل لى عليك الف درهم فقال الرجل لاولكنها وديعة فقال ابو عبدالله عليه السلام القول قول صاحب المال مع يمينه ـ ودلالتهما واضحة فيخرج عن القاعدة بهما (والكلام) فى تطبيق ذلك على القاعدة تقدم فى كتاب الاجارة وعرفت ان مقتضى القاعدة عدم الضمان للشك فيه والاصل عدمه ـ والتمسك بقاعدة على اليد لاثباته ـ فيه محذوران ـ ١ ـ توافقهما على عدم الضمان الثابت بها فان المالك يدعى ضمان القرض والقابض ينكر الضمان رأسا ـ ٢ ـ مع الاغماض عن ذلك وتسليم كون ضمان القرض بعينه ضمان المثل او القيمة ـ يكون التمسك بالقاعدة تمسكا بالعام فى الشبهة المصداقية لفرض خروج الوديعة عنها والشك فى كونه وديعة او قرضا ـ فالمتعين هو الرجوع الى اصالة البرائة ـ فالقاعدة تقتضى تقديم قول القابض ولكن يتعين تقييدها بالخبرين المتقدمين فالاظهر تقديم قول المالك ـ

الفصل الثامن فى العارية

قال المصنف ره فى التذكرة العارية بتشديد الياء عقد شرع لاباحة الا نتفاع بعين من الاعيان على وجه التبرع و شددت الياء كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار قاله صاحب الصحاح وقال غيره منسوبة الى العارة و هى مصدر الى ان قال و قيل انهاما خوذة من عار يعير اذا جاء وذهب انتهى .

لاخلاف ولاريب فى ان العارية مشروعة ـ ويشهد بها مضافا الى ذلك ـ و الى ان عليها بناء العقلاء والشارع الاقدس لم ينه عنها ـ والى (٢) قاعدة السلطنة ـ وادلة

---

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب كتاب الرهن حديث ١

(٢) البحار ج ١ ـ ص ١٥٤ الطبع القديم ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

الهبة (١) الشاملة لهبة المنافع -من الكتاب قوله تعالى (٢) « و يمنعون الماعون » فعن مجمع البحرين الماعون اسم جامع لمنافع البيت كالقدر والدلو و الملح و الماء والسراج والخمرة ونحو ذلك مما جرت العادة بعاريته و فى حديث (٣) المناهى نهى النبى صلى الله عليه وآله ان يمنع احد الماعون جاره وقال من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيمة ووكله الى نفسه ومن وكله الى نفسه فما اسوأ حاله وروى (٤) ابو بصير عن ابى عبد الله عليه السلام فى الاية الشريفة -هو القرض يقرضه والمعروف يصنعه ومتاع البيت يعيره- ونحوه خبر (٥) سماعة ومن السنة نصوص مستفيضة منها ما تقدم -ومنها النصوص (٦) المتضمنة لاستعارة النبى صلى الله عليه وآله من صفوان بن امية سبعين درعا حطمية فقال اغصب ام عارية - قال صلى الله عليه وآله بل عارية مؤداة - ومنها غير تلكم من الاخبار و سياتى طرف منها -ثم الظاهر كما صرح به غير واحد انها من العقود - وتفتقر الى الايجاب والقبول والكلام فيما يعتبر فى عقدها ومالا يعتبر هو الكلام فى عقد الوديعة فراجع ماذكرناه فيه -ثم ان تمام الكلام فى هذا الفصل بالبحث فى مقامات .

ضابط العين المستعارة

الاول فى العين المستعارة وقالوا فى ضابطها - ان المستفاد من الفتاوى ومعقد الاجماع ونفى الخلاف والاقتصار على المتيقن من اطلاق النص عدا ماخرج مما يأتى انها (**كل عين مملوكة يصح الانتفاع بها مع بقائها**) منفعة معتد ابها عند العقلاء كالثوب والدراهم والدار والدابة وماشاكل -فان اجتمعت الشرائط **(صح اعارتها)** فما لا يصح الانتفاع به شرعا كاوانى الذهب والفضة للاكل والشرب والجوارى للاستمتاع

---

(١) الوسائل- باب ٢ من ابواب الهبات

(٢) سورة الماعون آية ٨

(٣-٤-٥) الوسائل -باب ٧ من ابواب ما تجب فيه الزكاة حديث ١٣-٣-٢

(٦) الوسائل باب ١ و٢ من ابواب العارية

لايجوز اعارته وهو واضح كما ان ما يتلف بالانتفاع به كالاطعمة والاشربة ونحوها لايصح اعارته للانتفاع بها بالاكل والشرب بلا خلاف ولااشكال فى ذلك (قد يقال) انه لاثمرة فى النزاع فى ذلك اذ يحل الانتفاع بالاعيان المشار اليها بمايوجب اتلافها مع احراز رضا المعير باتلاف العين بقوله اعرتكه مع القرينة فان المعيار فى جوازه هو رضاه به وقد حصل فى محل الفرض وان هو الا كالهبة وان عبر عنها بلفظ العارية (واجاب) عنه سيد الرياض بانه حيث لايعلم الرضا بالاتلاف الا به اتجه ماذكروه لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه و لو بالالتزام ودلالة لفظ العارية بمجرده على الاتلاف فاسدة لعدم استنادها الى عرف اولغة (و اجاب) عن الايراد فى الجواهر بترتب الضمان على الاتلاف المزبور وان كان بالاذن الا انها بعنوان العارية زعما منه عموم موضوعها او تشريعا ودعوى كونه هبة اواباحة وان كان الدفع بهذا العنوان واضحة البطلان الا ان ينصب قرينة على ارادتهما من اللفظ المزبور ـ ثم قال نعم قد يتوقف فى ضمانه من غير تعد ولا تفريط من قاعدة مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده و من خروجه عن اصل موضوع العارية حتى الفاسدة ولعله الاقوى فى النظر .

و التحقيق ان يقال انه لا اشكال فى اعتبار كون العين تبقى مع الانتفاع بها فى العارية على مايشهد به العرف واللغة فى هذه اللفظة ـ وايضا ـ لااشكال فى انه يجوز اتلاف الاعيان التى تتلف بالانتفاع بها مع احراز رضا اربابها من اى طريق احرز ذلك وان لم يكن المبرز كاشفا نوعيا عنه اذ ليست الاباحة من قبيل العقود والايقاعات المعتبر فيها كون مبرزاتها كواشف عنها بحسب المتفاهم العرفى بل المعيار فى هذا المقام احراز الرضا النفسانى ـ ولو لم يكن له كاشف. ولاضمان ان احرز رضاه بالاتلاف مجانا ـ وايضا لاضمان مع التلف فى موارد الامانة المالكية بالمعنى الاعم وهى التسليط عن الرضا كما مر فى الوديعة ـ فعلى هذا (فيرد) على سيد الرياض ره انه وان لم يكن لفظ العارية دالا على الرضا بالاتلاف الا انه لا يعتبر دلالته لان المعيار كشف الرضا و لو بسبب مالا يكون دالا عليه عرفا ولا لغة (ويرد) على ماافاده صاحب الجواهر ره اولا ان عدم الضمان مع الاتلاف الذى احرز رضا صاحب المال باتلافه مجانا لايكون كعناوين العقود متوقفا

على كون اللفظ المبرز كاشفا -مع انه ان استشكل فى اللفظ المزبور لامجال للاشكال فى دفع العين بعده فانه بقصد الاباحة على الفرض و يكفى ذلك فى عدم الضمان - كماهو الشان فى جميع الاباحات لابعوض (ويرد) على ماافاده ثانيا انه لو تلفت العين لاوجه للضمان بعد كونها امانة مالكية بالمعنى الاعم (و الصحيح) فى الجواب عن الايراد ان يقال - انه تظهر الثمرة فيما لواعاره عينا لها منفعة لا يستلزم استيفائها تلف العين - و منفعة تستلزم ذلك . فانه على الضابط المذكور لا يجوز ان يستوفى المنفعة المستلزمة للتلف ان لم يحرز رضاه بذلك-ثم ان تمام الكلام فى هذا المقام بالبحث فى فروع .

فى اعارة الغنم للانتفاع بلبنها

-١- لا خلاف ظاهرا فى انه يجوز استعارة الشاة للحلب - وهى المسماة بالمنحة بالكسر واصلها العطية - و عن بعض متاخرى المتاخرين الاجماع عليه و استدل له فى التذكرة باقتضاء الحكمة اباحته لان الحاجة تدعو الى ذلك والضرورة تبيح مثل هذه الاعيان كمافى استئجار الظئر وقدروى (١) العامة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه قال المنحة مردودة والمنحة هى الشاة ومن طرق الخاصة مارواه (٢) الحلبى فى الحسن عن مولانا الصادق عليه السلام فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئا معلوما او دراهم معلومة من كل شاة كذاوكذا فى كل شهر قال عليه السلام لاباس بالدراهم ولست احب ان يكون بالسمن ثم ذكر صحيح (٣) عبدالله بن سنان وهو نحو حسن الحلبى وقال واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه اولى -وفى المسالك وجواز اعارة ذلك ثابت بالنص على خلاف الاصل - والظاهر ان نظره كمايظهر من ذيل كلامه الى النبوى المتقدم - و اضاف بعض متاخرى المتاخرين الى الوجوه المشار اليها - قاعدة السلطنة - و كونها

---

(١) التذكرة ج١ ص ٤١٠

(٢-٣) الوسائل باب ٩ من ابواب عقد البيع وشروطه -حديث ٢-٤

كالو كالة فى الانتفاع (ولكن) الحاجة لاتصلح لاثبات مشروعية هذه العارية المخالفة للضابط المتقدم مع ارتفاع الحاجة بايقاع معاملة اخرى اواباحة بلاعوض - واما استيجار الظئر فقدمر الكلام فيه فى كتاب الاجارة - واما النبوى فغير حجة - واما الخبران - فقد افاد المصنف نفسه فى كتاب البيع انهما متضمنان لبيان مشروعية معاملة خاصة ليست ببيع ولا اجارة و قد تقدم منا ان تلك من قبيل الاباحة بالعوض وهى معاملة مستقلة مشروعة فان استفيد منهما شيء فهو جواز الاباحة لا بالعوض بل مجانا وهو مما لاكلام فيه لكنها ليست عارية - واما قاعدة السلطنة فهى لا تقتضى مشروعية ما لايكون مشروعا بل تدل ان للمالك الاباحة مجانا - ولذا قيل ان الانصاف ان المنحة ليست من العارية فى شيء بل انما هى من قبيل الاباحة - وفتوى الاصحاب ليست الاجوازها ولاتصريح فى كلمات اكثرهم بكونها عارية فلامورد للتمسك بالاجماع لمشروعية العارية فى هذا المورد.

ولكن مع ذلك كله يمكن توجيه الاستعارة فى هذا المورد و جعله من قبيل العارية بوجهين - احدهما - ان المنفعة امر عرفى وربما يعد عرفا بعض الاعيان منفعة لعين اخرى كاللبن للشاة وعليه فيجوز استعارة الشاة للبنها وما شاكل فان العين المستعارة هى الشاة وهى لا تتلف وما يتلف انما هو من قبيل المنفعة وليست هى متعلقة للعارية - ثانيهما - ان العين المستعارة للانتفاع بها هى الشاة والاستيفاء يستتبع تلف العين وهى اللبن ولا محذور فى ذلك فانه فى اغلب موارد العارية يكون الاستيفاء مستلزما لتلف مقدار من العين - وعلى الجملة - ان الممنوع استعارة اللبن واما استعارة الشاة للانتفاع بلبنها فلامحذور فيها ولا تكون منافية لماقدمناه من الضابط - فالانصاف انه لامحذور فى الالتزام بكون تلك من قبيل العارية - نعم - يمكن تصحيحها بالاباحة ايضاً (وبما ذكرناه) يظهر حكم استعارة كل حيوان له منفعة كالفحل للضراب المستلزم استيفائها اتلاف عين اخرى و يتجه التعدى الى غير الشاة كما هو المتعارف فى هذا الزمان فى البقر والى غير اللبن كالصوف والشعر والوبر - والله العالم -

جواز استعارة الارض للزرع

-٢ - لاكلام فى جواز استعارة الارض للزرع ولدفن الميت - انما الكلام فى موردين (الاول) فى انه فى اعارة الارض للزرع هل يجوز للمعير الرجوع قبل ادراكه املا وعلى الاول هل له ان يجبر المستعير بقلع الزرع ام ليس له ذلك و على الاجبار هل عليه الارش املا - فيه اقوال وقد مر تنقيح القول فى ذلك فى باب المزارعة (الثانى) فى اعارة الارض لدفن الميت هل للمعير اجباره على قلع الميت و نبش القبر و اخراجه - ام ليس له ذلك المشهور بين الاصحاب هو الثانى بل فى الجواهر بلاخلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه وعلى ذلك حمل كلام من ادعى الاجماع على لزوم هذه العارية لان المراد عدم جواز فسخها - قال فيها و تظهر الثمرة فيما لواتفق نبشه من نابش فان اعارته ح تحتاج الى اذن جديد او بالاجرة بناء على استحقاقها فى مثله وفى غير ذلك انتهى وكيف كان فلاوجه للزوم لولا الاجماع لان العارية جائزة وعروض اللزوم يتوقف على دليل او انطباق عنوان آخر عليها كاشتراط عدم فسخها فى ضمن عقد لازم وما شاكل ولاشيء منهما فى المقام - واما عدم جواز النبش فقد استدل له بانه مقتضى حرمة النبش المعلوم عدم صلاحية قاعدة السلطنة لمعارضتها - ولكن لولا الاجماع امكن ان يقال ان مدرك حرمة النبش مطلقا هو الاجماع و المتيقن منه فى مالم يوجب النبش هتك حرمة الميت غير المقام كيف وقدجاز النبش لجملة من الامور التى يكون الجواز فى المقام اولى من الجواز فيها والذى يسهل الخطب تسالم الاصحاب على عدم جوازه فى خصوص المقام .

-٣- لايجوز اجارة العين المستعارة لان منافعها ليست مملوكة للمستعير وانما له استيفائها وقدمر ان حقيقة الاجارة تمليك المنفعة اوالعمل - وهل يجوز للمستعير اعارتها الظاهر ذلك مع اطلاق الاذن اذلم يدل دليل على اعتبار مملوكية العين فى صحة العارية و عليه فكون العارية الثانية من المستعير او من المعير تابع لكيفية الاذن وكيفية الاعارة .

- ٤ - اذا استعار ارضا للغرس أو الزرع او البناء فهل للمستعير ان يستظل بشجرها فى نوم اويقظة - ام لايجوز كما عن الشيخ فى المبسوط ووافقه فى الجملة فى التذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضة على المحكى وجهان (وجه) الاول ان هذه الانتفاعات من توابع مثل هذه العارية عرفا (ووجه) الثانى ان الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلايتعداها - ولقد اطال البحث فى ذلك فى المسالك مع عدم الاحتياج اليه فان جواز ذلك وعدمه تابعان لكيفية العارية ومقدار الاذن المستفاد منها وعليه فلايمكن جعل ضابط كلى لذلك - والله العالم .

فى المعير والمستعير

المقام الثانى - فى المعير والمستعير - اما الاول - فلاخلاف فى انه انما تصح العارية **(بشرط كون المعير جائز التصرف)** اى بالغا عاقلا غير محجور عليه لرفع القلم (١) عن الصبى و المجنون و عدم جواز امرهما (٢) نعم - يجوز للصبى ان يعير باذن الولى - لما مر فى كتاب البيع من عدم الدليل على سلب عبارته وغاية ما يستفاد من الادلة عدم جواز استقلاله فى التصرف المعاملى واما مع اذن الولى فتصح معاملاته وكذا العارية - فما - عن الارشاد والتحرير واللمعة و غيرها من انه لواذن الولى للطفل صح ان يعير مع المصلحة - متين (وعن) السرائر تقييده بالمميز اذا لاذن لايجعل المسلوب غير المسلوب - وهو حسن ان لم يقم السيرة على عدم اعتبار التمييز فى خصوص المقام ولكنها غير قائمة وانما يتصرف فيما اتاه الصبى غير المميز من جهة انهم يرونه آلة ومنه يستكشف رضا الولى بالتصرف الكافى

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات و باب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس .

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد البيع وشروطه

فى جوازه-واما اعتبار عدم كونه محجوراعليه فظاهر .

ويعتبر ايضاً الاختيار لرفع (١) ما استكره عليه .

واما المستعير- فبالنسبة الى تحقق العارية يعتبر كونه مكلفا لعين مامر -واما فى الاباحة فلايعتبر فان غير المكلف غير ممنوع عن التصرف . واما بالنسبة الى الضمان فالظاهر عدمه فان العارية وان لم تتحقق الا ان التسليط المجانى عن الرضا المحقق للامانة المالكية بالمعنى الاعم كاف فى خروج يده عن اليد الضمانية (وهل) يعتبر فيه التعيين الظاهر ذلك فى التعيين المقابل للابهام لان المبهم المردد لاحقيقة له ولا تحقق-وعدمه فى التعيين المقابل للعلم - لعدم المورد للغرر فى المقام .

(و) كيف كان **(ينتفع المستعير على العادة)** فى الانتفاع بالعين المستعارة فان كان لها منفعة خاصة انتفع بها - وان تعددت المنفعة فان عينها او كان هناك انصراف تعين - والا بان عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه .

لايضمن المستعير مع التلف

المقام الثالث فى الاحكام - وفيه مسائل - الاولى - لاخلاف **(و)** لااشكال فى ان المستعير **(لايضمن مع التلف بدون التضمين)** الا بالتفريط **(او التعدى)** اوباشتراط الضمان **(او كون العين)** المستعارة **(اثمانا)** اما المستثنى منه فيشهد به - مضافا الى الاجماع المحكى- والى ان العين امانة مالكية بالمعنى الاعم على مامر- جملة من النصوص الخاصة لاحظ صحيح(٢) الحلبى اوحسنه عن الصادق عليه السلام اذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنها الا ان يكون قد اشترط عليه - و صحيحه (٣) الاخر عنه عليه السلام صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وليس على المستعير عارية ضمان

---

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس .

(٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١-٦

وصاحب العارية والوديعة مؤتمن الى غير ذلك من النصوص الكثيرة الاتية جملة منها في المباحث اللاحقة - وقد استثنوا من ذلك موارد .

- ١ - التعدى او التفريط لااشكال فى الضمان معه فان عدم الضمان علق فى النصوص على الايتمان اما بجعله مسببا او عنوانا لعدم الضمان - وبعبارة اخرى التعدى أو التفريط يوجب خروج اليد عن كونها يدا امانية وما ذونة وصيرورتها خيانية و قد علق فى جملة من النصوص الضمان على كونه امينا اوماموناً - اضف اليه النصوص الدالة على الضمان بالتعدى والاستهلاك في باب المضاربة و الرهن بعدمعلومية اشتراك الجميع فى الحكم المزبور باعتبار كونها امانة - وهل يضمن بتركه التحفظ الموجب للتلف فيه وجهان تقدما فى كتاب المضاربة مفصلا .

٢- اشتراط الضمان - وهو متفق عليه نصاً وفتوى - لاحظ صحيح الحلبى المتقدم. و صحيح (١) عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام لاتضمن العارية الا ان يكون قد اشترط فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا - ونحوهما غيرهما ومعها لايصغى الى ما قيل من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد لان بنائه على التبرع - او انه شرط فى عقد جائز فلا يكون نافذا - اوان الضمان من الامور المتوقفة على اسبابها وليس الشرط منها- اذ الكل مردودة بانها اجتهادات فى مقابل النصوص مع ان بناء العارية على التبرع فى الانتفاع بالعين لافى صورة التلف - والشرط فى ضمن العقد الجائز نافذ كما مر- وعرفت فى كتاب الاجارة ان الضمان من الغايات التى تقبل الاشتراط .

-٣- العارية من غير المالك ويشهد به موثق (٢) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام والكاظم عليه السلام اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن

-٤- عارية الذهب والفضة اذالم يشترط عدم الضمان - و سياتى الكلام فيه.

---

(١) الوسائل - باب ٣- من ابواب كتاب العارية حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب العارية حديث ٢

-٥- عارية الصيد للمحرم -وقدمر الكلام فيه .

-٦-عارية الحيوان فان ابن الجنيد حكم بكونه مضمونا - لخبر (١) وهب عن جعفر عن ابيه ان عليا عليه السلام كان يقول من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن - و لكن الخبر ضعيف السند لراويه - و معرض عنه عند الاصحاب - واخص من المدعى - ومعارض مع صحيح (٢) محمد بن قيس فلا وجه لاستثنائه .

حكم عارية الذهب والفضة من حيث الضمان

ثم انه لا اشكال في استثناء عارية الذهب والفضة في الجملة - وانه يضمن اذا كانت العين المستعارة ذهبا او فضة وان لم يشترط الضمان - والنصوص الكثيرة المتقدم بعضها والاتي بعضها الاخر شاهدة به - انما الكلام في اختصاص ذلك بالدرهم والدينار كما هو صريح الفخر و القطيفي والكفاية والرياض وظاهر المتن والوسيلة المعبر فيهما بالثمن - ام يعم غيرهما من المصوغ وغيره كما هو صريح اللمعة و المهذب وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان على ما حكي عن بعضها وظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والتحرير والقواعد والمختلف وغيرها مما عبر فيه بالذهب والفضة. ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانه في جملة منها استثنى الدرهم والدينار - كصحيح عبدالله بن سنان المتقدم - وخبر (٣) عبد الملك بن عمرو عن ابي عبدالله عليه السلام ليس على صاحب العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها او لم يشترط - وفي طائفة اخرى منها استثنى مطلق الذهب والفضة - كموثق (٤) اسحاق بن عمار عنه عليه السلام و عن ابي ابراهيم عليه السلام قالا - العارية ليس على مستعيرها ضمان الا ما كان من ذهب او فضة فانهما مضمونتان اشترطا او لم يشترطا وصحيح (٥)

(١-٢) الوسائل باب ١ من ابواب كتاب العارية حديث ١١-٩-

(٣-٥) الوسائل باب ٣ من ابواب كتاب العارية - حديث ٣-٢-

(٤) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب العارية حديث ٢

زرارة عن الصادق عليه السلام قال قلت له العارية مضمونة قال فقال عليه السلام جميع ما استعرت فتوى (اى هلك) فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه وكك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك والذهب والفضة لازملك وان لم يشترط عليك ونحوهما غيرهما واذلك توقف فيه جماعة منهم المصنف فى محكى التذكرة .

والتحقيق يقتضى ان يقال - ان النصوص الواردة فى الباب المتعارضة ثلاث طوائف - الاولى - مادل على عدم الضمان مطلقا كصحيحى الحلبى المتقدمين فى اول المسألة - الثانية - ما يدل على الضمان فى الدرهم و الدينار وعدم الضمان فى غيرهما كصحيح ابن سنان و حسن عبدالملك المتقدمين - الثالثة - ما يدل على الضمان فى الذهب والفضة وعدم الضمان فى غيرهما - و النسبة بين الاولى - وكل من الاخيرتين عموم مطلق -وبين المستثنى منه من الثانية والمستثنى من الثالثة عموم من وجه - وعلى القول بانقلاب النسبة لوقيد اطلاق الاولى اولا بالطائفة الثانية- انقلبت النسبة بين الاولى والثالثة الى العموم من وجه -

وقد يقال ان نصوص الدرهم والدينار ايضا متعارضة لان فى بعضها تخصيص الضمان بالدرهم وفى آخر بالدينار (ولكنه) يندفع بان المستثنى منه فيهما لاتعارض بينهما لانهما مثبتان وكك المستثنى وانما التعارض بين المستثنى منه من كل منهما مع المستثنى من الاخر والنسبة عموم مطلق فيقيد اطلاق كل منهما بالاخر فتكون النتيجة هو استثناء الدرهم و الدينار معا.

وقد يقال فى الجمع بين الطوائف الثلاث كما عن الفخر - بان الثانية اخص مطلق من الثالثة لاختصاصها بالدرهم و الدينار و عموم الثالثة لغيرهما فيقيد اطلاق الثالثة بها - ثم يقيد به اطلاق الاولى فتكون النتيجة هى استثناء خصوص الدرهم والدينار- (وفيه) ان المستثنى منه من الطائفتين لاتعارض بينهما لكونهما مثبتين بل التعارض بين المستثنى منه من الثالثة والمستثنى من الثانية والنسبة عموم من وجه كما مر .

و حيث انا لانقول بانقلاب النسبة فيقيد اطلاق الاولى بكل من الاخيرتين - واما هما فبالنسبة الى الضمان في الدرهم و الدينار وعدمه في غير الذهب و الفضة هما متوافقتان والتعارض انما هو في غير الدرهم والدينار من الذهب والفضة وحيث ان المختار عندنا في تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح - والترجيح للثالثة الدالة على الضمان - لما عن المختلف من نسبته الى الشهرة بين الاصحاب - فالمتحصل من النصوص بعد ضم بعضها الى بعض ورد بعضها على بعض هو ثبوت الضمان في مطلق الذهب والفضة .

وسيد الرياض وصاحب الكفاية حيث يكون مبناهما في تعارض العامين من وجه هو التساقط - فقد حكما به في المقام والرجوع الى دليل آخر وهو مادل على عدم الضمان في مطلق العارية و بنيا على اختصاص الضمان بالدرهم والدينار - وهذا على مبناهما حسن - ولكن المبنى فاسد (فلايتوجه) عليهما مافي الجواهر بما حاصله ان المستثنى منه في نصوص الدرهم و الدينار ليس غير الدرهم و الدينار و الا لما صح الاستثناء بل مطلق العارية فالنسبة بينه وبين نصوص الذهب والفضة عموم مطلق - قال و ان اراد بالمستثنى منه الحاصل من الجملة فليس هو ضمان الدرهم و الدينار دون غيرهما وليس بين مجموع ذلك وبين الذهب والفضة تعارض العموم من وجه اذلااختصاص في خبري الذهب و الفضة بالدلالة على عدم ضمانها حتى يكون ذلك وجه افتراق لهما عن نصوص الدرهم و الدينار (فانه يرد) عليه اولا انه لو تم ينقل الكلام الى مفهوم الاستثناء لنصوص الدرهم و الدينار فان النسبة بينه وبين منطوق اخبار الذهب والفضة عموم من وجه - وثانيا - انه لايتم - فان المستثنى منه قبل ورود القيد غير مقيد و قابل لان يرد عليه - وبعد التقييد يكون المتحصل من المستثنى منه خاصة عدم الضمان في غير الدرهم والدينار ومن الواضح معارضة ذلك مع مادل على الضمان في الذهب و الفضة وان لم يكونا من الدرهم والدينار (ثم ان) ثبوت الضمان في عارية الذهب والفضة انما هو اذا لم يشترط عدمه والافلاضمان بلاخلاف - لصحيح زرارة المتقدم .

حكم النقصان الحاصل بالاستعمال

الثانية **(ولو نقصت)** العين المستعارة **(بالاستعمال الماذون فيه لم يضمن)** وكذا او تلفت بلااشكال لانه من لوازم الانتفاع بالعين الذى اباحه المالك مجانا فهو ماذون فيه بعين الاذن فى الانتفاع والالم تكن العارية مشروعة ولا يعقل ضمان ماأذن المالك فى اتلافه مجانا وبلاعوض لاسقاط المالك احترام ماله - وجعل مثل ذلك من مقتضيات عقد العارية لامانع منه - وفى صحيح(١) ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن العارية فقال عليه السلام لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان ماموناً اشارة اليه وفى المسالك بعد نقل عدم الضمان والاستدلال له - قال وفيه وجه آخر وهو ضمان المتعلق فى آخر حالات التقديم لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف وان كان داخلا فى الاطلاق - انتهى (وفيه) ان محل الكلام الاستعمال الماذون فيه - وما افاده تشكيك فى الصغرى حيث انه استشكل فى شمول الاذن للاستعمال المتلف - ولذلك عنون المصنف ره فى محكى القواعد مسألتين - الاولى مالو اذن فى التصرف واطلق فاشكل فى عدم الضمان بالاستعمال المتلف نظرا الى امكان انصراف الاذن بحسب الغالب الى الاستعمال غير المتلف - الثانية مالو تلفت العين او نقصت بالاستعمال الماذون فيه فحكم جزما بعدم الضمان - وبذلك يظهر اندفاع ايراد المحقق الثانى عليه بان ما ذكره ثانيا ينافى اول كلامه (ثم انه) فى المسألة الاولى لم يدع الانصراف جزما كى يورد عليه بان لازمه الحكم بالضمان جزما لاالاشكال فيه بل ادعى انه يمكن ان يقال به كما يمكن دعوى الاطلاق .

الثالثة **(ولو استعار من الغاصب ضمن)** - بلااشكال لانه وضع يده على مال الغير

---

(١) الوسائل باب ١ - من ابواب كتاب العارية حديث ٣

بغير رضاه فيشمله حديث (١) على اليد وغيره من ادلة الضمان - اضف اليه موثق (٢) اسحاق بن عمار عن ابى عبدالله وابى ابراهيم عليهما السلام اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن وح (ف) تارة يكون المستعير عالما بالغصب و اخرى يكون جاهلا به - و مقتضى اطلاق الادلة المشار اليها هو ضمان المستعير فى الصورتين غاية الامر (**ان كان جاهلا رجع على المعير بما يؤخذ منه**) لقاعدة الغرور كما هو المشهور بين الاصحاب وفى الشرايع وعن المصنف فى غير المتن وبعض آخر انه ليس للمالك ان يرجع على المستعير فى صورة جهله (واستدل له) بان الرجوع عليه ظلم محض لفرض كونه جاهلا وبقاعدة مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده (ولكن) يرد على الاول انه لو كان ظلم فانما هو فى الحكم بعدم رجوعه الى الغار والافاصل الضمان الذى يقتضيه قاعدة على اليد و الموثق وغيرهما لاظلم فيه بل هو مقتضى العدل لانه تلف مال الغير تحت يده - واما الثانى فيرده ان تلك القاعدة مختصة بموارد تسليط المالك نفسه على ماله - كما فى البيع الفاسد والاجارة الفاسدة ولا تشمل تسليط الغير كما لو وهب الغاصب مال المالك على ما حقق فى كتاب البيع - فالاظهر ماهو المشهور بين الاصحاب من ضمانه غاية الامر يكون قرار الضمان على الغاصب لقاعدة الغرور - ولو كانت العارية مضمونة كما اذا كانت ذهبا اوفضة او اشترط فيها الضمان فهل يرجع المستعير الجاهل على المعير فى ما يبذله بازاء العين من جهة الغرور ام لا يرجع اليه لانه اقدم المستعير على العارية مضمونة فلا غرور وجهان اظهرهما الثانى نعم يرجع هو على المعير فيما يبذله بعوض المنافع التى استوفاها المستعير بعنوان العارية لقاعدة الغرور - وان كان عالما بالغصب فقرار الضمان عليه لانه غاصب تلفت العين تحت يده - بل لو رجع المالك على المعير يرجع هو على المستعير لما مر فى تعاقب الايادى من ان الضمان يستقر على من تلف المال تحت يده -

---

(١) سنن بيهقى ج٦ - ص٩٠

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب العارية حديث٢

يقتصر المستعير على الماذون

الرابعة (**ويقتصر المستعير على الماذون**) كماهوصريح المتن و الشرايع والمسالك والروضة وغيرها وظاهر القواعد واللمعة ـ وعن الشيخ فى المبسوط و ابن زهرة فى الغنية و الحلى فى السرائروغيرهم انه يجوز ان يستبيح مادونه فى الضرر لامافوقه كان يستعير ارضا للغرس فيزرع بل عن الاول نفى الخلاف فيه ـ وعن التذكرة والتحرير جواز المساوى ايضا وعن جامع المقاصد ظاهر كلامهم ان الحكم بذلك اجماعى (والاول) اظهر لان الاصل عدم جواز التصرف فى مال الغير الا باذنه المفروض اختصاصه بنوع خاص من التصرف فالنوع الاخر الباقى تحت الاصل المزبور لايجوز ـ ودعوى ـ ان الادنى اولى بالاذن ـ ممنوعة ـ فان الاذن ليس من قبيل الحكم الشرعى الصادر عن مصلحة المكلف كى تتم فيه دعوى الاولوية فلعله له غرض خاص فى التصرف المخصوص او انه قيد اذنه بلا غرض ـ نعم ـ لاننكر جوازما دون او المساوى بل الاضر لو احرز رضاه بالتصرف فيه مجانا لكنه خارج عن محل الفرض ـ وعليه فلواثم وفعل الاقل ضررا هل عليه الاجرة ـ ام لا وجهان ـ من انه تصرف فى ملك الغير بغير اذنه واستوفى منفعته فعليه الاجرة ـ ومن انه قداباح له المنفعة الخاصة التى عوضها إما ازيد من عوض ما استوفاه او مساويه ـ اظهرهما الاول فأنه لم يبرأ ذمته من العوض بالمقدار الخاص بل اذن فى استيفاء منفعة خاصة بلا عوض والفرض انه لم يستوفها وانما استوفى منفعة اخرى لها مالية ولم ياذن فيها مالكها ولم يسقط احترامها فلابدمن ان يغترم عوضها ـ وبذلك يظهر انه لوعدل الى الاضر مع النهى او الاطلاق يلزمه اجرة المجموع لاخصوص ما يزيد عن مقدار الماذون فيه ـ وماعن المصنف من الفرق بين صورة النهى والاطلاق واختيار وجوب الاجرة كملامع النهى وسقوط التفاوت مع الاطلاق غير ظاهر الوجه لان التخطى فى الصورتين لايجوز ـ والنص على المنع فى احداهما دون الاخرى لايصلح فارقا فى الضمان الخامسة ـ (**و**) لوتنازعا فى التفريط ـ أو القيمة ـ أو الرد ـ كان (**القول قول المستعير مع**

يمينه **فی عدم التفريط و القيمة معه وقول المالك فی الرد**) كما يظهر مما اسلفناه فی الوديعة فلاحاجة الی الاعادة المسادسة (**و يصح الاعارة للرهن**) لماسياتی فی كتاب الرهن من جواز رهن الغير باذنه - (**و له المطالبة بالافتكاك بعد المدة**) كماسياتی .

الفصل التاسع فی اللقطة

وهی بضم اللام وفتح القاف و سكونها اسم للمال الملقوط علی ما صرح به جمع من اهل اللغة - كالاصمعی وابن الاعرابی والفراء وابی عبيدة - وعن الخليل هی بالتسكين لاغير واما بفتح القاف فهی اسم للملتقط لان ما جاء علی فعلة فهو اسم للفاعل كهمزة ولمزة - ولا اصطلاح جديد لها فی الشرع بل هی فيه مستعملة فی معناها اللغوی - نعم - وقع الخلاف بين الفقهاء من جهة ان جمعا منهم اطلقوها علی مايشمل الادمی الحر - وخصها جماعة آخرون بغيره وافردوا للقيط كتابا آخر - وكيف كان فالكلام فی هذا الفصل فی مواضع .

فی اللقيط

الاول فی اللقيط ويقال له الملقوط والمنبوذ ايضا وانما يقال له اللقيط والملقوط اللذان هما بمعنی واحد لان فعيل كجريح بمعنی مفعول باعتبار الالتقاط - ويقال له المنبوذ باعتبار انه ينبذ اولا - والكلام فيه فی موارد - ١ - اللقيط كما فی التذكرة والقواعد والتحرير كل صبی ضايع لاكافل له حال الالتقاط - و فی الجواهر بل لااجد خلافا فی غير المميز منه بل الاجماع بقسميه عليه - قال فی المسالك احترز بالصبی عن البالغ فانه مستغن عن الحضانة والتعهد فلامعنی لالتقاطه نعم لووقع فی معرض هلاك وجب تخلصه كفاية وبالضايع عن غيره المنبوذ وان لم يكن له كافل فانه لايصدق عليه اسم اللقيط وان كانت كفالته واجبة كفاية كالضايع الا انه لايسمی لقيطا و بقوله لاكافل له عن الضايع المعروف النسب فان اباه وجده ومن يجب عليه حزانته مختصون بحكمه ولا يلحقه حكم الالتقاط و ان كان ضايعا انتهی

وكيف كان فلا اشكال فى مشروعية الالتقاط بل عن التذكرة المفروغية عن وجوبه كفاية وسيمر عليك ما هو الحق عند تعرض المصنف ره له- انما الكلام فى المقام فى مشروعيته- ويشهد بها جملة من النصوص - كخبر (١) زرارة عن ابى عبدالله (ع) اللقيط لا يشترى ولا يباع- و خبر (٢) اسماعيل المدائنى عنه (ع) المنبوذ حر فان احب ان يوالى غير الذى رباه والاه فان طلب منه الذى رباه النفقة وكان موسرا رد عليه وان كان معسرا كان ما انفق عليه صدقة- وخبر (٣) عبدالرحمان العزرمى عنه (ع) عن ابيه (ع) المنبوذ حر فاذا كبر فان شاء توالى الى الذى التقطه والافليرد عليه النفقة وليذهب فليوال من شاء- وصحيح (٤) محمد بن احمد عنه (ع) عن اللقيطة فقال (ع) لا تباع ولا تشترى ولكن تستخدمها بما انفقت عليها- وصحيح (٥) محمد بن مسلم اوحسنه عن ابى جعفر (ع) عن اللقيط فقال (ع) حر لا يباع ولا يوهب الى غير تكلم من النصوص ودلالة هذه النصوص على جواز الالتقاط والتصرف فى الضبط وحفظه ونحو تلكم مما هو مخالف للاصل جائز- والماخوذ فى النصوص موضوعا لهذا الحكم اللقيط واللقيطة - والمنبوذ- وفى بعضها التقييد بعدم الكبر - فانه ظاهر فى بقائه على حكم الالتقاط حتى يكبر فيوالى من شاء (واختصاصها) بمن لا كافل له باعتبار ما فيها من حكم الانفاق عليه و الاستخدام وانه لا يباع ولا يوهب - ظاهر (واما اعتبار) كونه ضايعا فلا تشمل النصوص غير المنبوذ- فيدفعه المتفاهم العرفى ضرورة صدق الموضوع عندهم على الضايع من اهله و ان لم ينبذوه (ثم ان) الصبى ان كان غير مميز فهو المتيقن من النصوص - وان كان مميزا فعن المحقق والمصنف ره والشهيدين والكركى وغيرهم جواز التقاطه لصدق كونه لقيطا وعجزه عن دفع ضرورته (وفى الرياض) بعد الاعتراف بان ذلك هو المشهور بين اصحابنا - ولا ريب فيه مع عدم بلوغ التمييز حداً يحفظ نفسه عن الهلاك و يشكل مع بلوغه ذلك الحد وان احتاج الى بعض الضروريات وبعدم الجواز فيه صرح بعض الاصحاب قال فيكون امره الى الحاكم كالبالغ من باب الولاية العامة كحفظ المجانين الى ان قال وهو حسن- واستدل له بعدم صدق اللقيط

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٢ من كتاب اللقطة - حديث ١-٢-٣-٤-٥

عليه ولا اقل من الشك فيرجع بالنسبة اليه الى اصالة عدم الجواز (وفيه) ماعرفت من صدق اللقيط على المميز (ويشهد) به اطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام في الكتاب العزيز(١) ضرورة انه كان مميزا ـ كما يشهد به رؤياه التي قصها على ابيه قبل ان يرمى في البئر ـ ويؤيده مافي النصوص المتقدمة من بقاء حكم الالتقاط مالم يكبر المعلوم ارادة البلوغ من الكبر ولو بقرينة المطالبة بالنفقة ـ فالاظهر شموله للمميز (ثم انه) ان لم يكن للصبي من هو كافل له شرعا ولكن كان له العم او الخال او الخالة ونحوهم ـ فهل يجري عليه حكم اللقيط على ما هو الظاهر من كلمات الفقهاء على مافيها من الاختلاف ـ ام لا فان ذلك في العرف لا يسمى لقيطا و لعل الثاني اظهر بل لو كان هناك متبرع بالكفالة والحضانة ـ لا يسمى لقيطا في العرف .

شرائط ملتقط اللقيط

٢٠ ـ في ما (يشترط في ملتقط الصبي) لا خلاف ظاهر في اشتراط (**التكليف**) بالبلوغ و العقل ـ فلا يصح التقاط الصبي و المجنون لقصورهما عن الولاية والحضانة و الانفاق و عدم اهليتهما لشيء من تلكم وهي من لوازم صحة الالتقاط وح فيجوز الالتقاط من يدهما لمن له اهلية وله ولاية لحفظه لأن التقاطهما كالعدم كما استوجهه الشهيد الثاني ـ فما عن التذكرة من انه يخرج بذلك عن حكم اللقيط ويكون الولاية للحاكم ـ في غير محله وظاهر اطلاق الماتن وكثير اشتراط التكليف خاصة وعدم اعتبار الرشد (واستدل له) بان السفيه محجور عن التصرف في ماله وليست حضانته مالا ـ و مجرد كونه مولى عليه لا يمنع عن ولايته (و) عن الدروس اشتراط الرشد محتجا بان الشارع لم يأتمنه على ماله فعلى الطفل و ماله اولى بالمنع ـ و بان الالتقاط ايتمان شرعي والشرع لم يأتمنه ـ وهو حسن سيما و ان التقاطه يستلزم وجوب انفاقه وهو لا يجوز من السفيه لانه تصرف مالي ـ اضف اليه عدم وجود اطلاق دال على جواز التقاط كل احد ـ فالاظهر

(١) سورة يوسف آية ١٠

اعتبار الرشد .

(و)مماقالوا باشتراطه **(الاسلام)** اذاكان اللقيط محكوما بالاسلام - بل الظاهر عدم الخلاف فيه الامافى النافع من الترددفيه و هوالظاهر من الشرايع -وهوالاظهر فانه نوع سبيل « ولن(١) يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»وايضا انه لايؤمن مخادعته عن الدين وقدوردفى النصوص(٢) تعليل المنع عن تزويج العارفة من المخالف بان المرئة تاخذ من ادب زوجها - و بما ذكرناه يظهر اختصاص ذلك بما اذا كان اللقيط محكوما بالاسلام وان كان محكوماً بالكفر فلا دليل على اعتبار الاسلام فى ملتقطه- و هو المشهور بين الاصحاب وربما يستدل له مضافا الى اختصاص وجوه المنع بغير الفرض بقوله(٣) تعالى «والذين كفروا بعضهم اولياء بعض» .

وفى اعتبار العدالة فى الملتقط قولان - فعن الشيخ فى احد قوليه والمصنف ره فى التحرير والارشاد و القواعد الاعتبار- وعن الاكثر عدمه - وعن المحقق الثانى التفصيل بين ما اذا كان له مال فالاول - وما اذا لم يكن فالثانى (وجه) الاول الاصل - وان المسلم محل الامانة مع انه ليس استيمانا حقيقيا - وفحوى جواز التقاط الكافر مثله (وجه) الثانى ان الالتقاط يفتقر الى الحضانة وهى استيمان لايليق بالفاسق - وايضا انه لايؤمن ان يسترقه ويأخذ ماله (ووجه) الثالث ان الخيانة فى المال امر راجح الوقوع (والاول) اقوى للسيرة واطلاق الادلة - والاصل فى المسلم الائتمان و عدم فعل المحرم و لذا ائتمنه الشارع فى كثير من الامور كالطهارة والتذكية وغيرهما - ولو كان له مال يخاف عليه يمكن الجمع بانتزاع الحاكم لمه منه-هذا كله بلحاظ كونه فاسقا ولو كان هناك جهة اخرى فى الملتقط وعلم اوظن من القرائن استعماله فى الامور التى يخشى منها التلف اوكان يخشى على عرضه اوعلى دينه فلاينبغى

---

(١) سورة النساء آية ١٤١

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب مايحرم بالكفر ونحوه - من كتاب النكاح

(٣) سورة الانفال آية ٧٣

التوقف فى عدم جواز التقاطه ووجوب انتزاع الحاكم من يده ودفعه الى من يؤمن منه من جميع ذلك **(و)** يعتبر ايضا **(اذن المولى فى العبد)**

فى الاحكام

٣ـ فى الاحكام وفيه مسائل ـ الاولى ـ اللقيط تارة يلتقط فى دار الاسلام ـ واخرى يلتقط فى دار الكفر ـ وقد اطنب الاصحاب فى تفسير دار الاسلام ودار الكفر وتقسيم كل واحد الى اقسام وكلماتهم مع ما بينها من الاختلاف لا يثبت بها شيء بعد عدم تعليق الحكم على دار الاسلام ودار الكفر فان الحكم الذى يراد اثباته اما الحكم باسلامه او كفره او بحريته أو رقيته ـ اما الاول فقدمر فى كتاب الطهارة والجهاد ان الصبى المميز اسلامه او كفره باعتقاده ويكون مستقلا فى ذلك ـ واما غير المميز فان كان احد ابويه مسلما فهو تابع له والا فان كان السابى له مسلما يكون تابعا للسابى ـ و بدون ذلك لا يحكم باسلامه ولا بكفره ـ وبينا فى ذينك البابين ـ ان حديث (١) الفطرة ـ والحديث (٢) الاسلام يعلو ولا يعلى عليه لا يدل على الحكم بالاسلام بمجرد احتمال الاسلام ـ وطريقية دار الاسلام له ودار الكفر له مما لم يدل عليه دليل (واما الثانى) فمقتضى اطلاق الاخبار المتقدمة عدم الحكم بالرقية مطلقا ـ فما ـ فى المتن **(فان كان فى دار الاسلام فهو حر والا فرق)** غير ظاهر الوجه ـ و دعوى ـ كون الاخبار خطابات للمسلمين وفى بلادهم كما فى الرياض من الغرائب ـ فان كان هناك اجماع يقيد به اطلاق النصوص والا فالمتجه هو الحكم بالحرمة مطلقا.

الثانية **(ووارث الاول)** اى الحر **(الامام مع عدم الوارث)** لان الامام وارث من لا وارث له كما سيأتى **(وهو عاقلته)** عندنا كما فى المسالك ـ اذا لم يكن له نسب ولم يكبر فيتوالى احدا على وجه يكون ضامنا لجريرته ـ لان ميراثه له.

---

(١) اصول الكافى ج٢ ص١٣ من طبعة طهران

(٢) الوسائل ـ باب ١ من ابواب موانع الارث حديث ١١

الثالثة (**ولو بلغ رشيد افاقر بالرقية قبل**) لعموم قاعدة الاقرار.

حكم نفقة اللقيط

الرابعة في نفقته - فالمعروف بين الاصحاب ان الواجب على الملتقط حضانته بالمعروف وهو تعهده والقيام بضرورة تربيته بنفسه او بغيره - ولايجب عليه الانفاق من ماله ابتداء للاصل - ولما دل من النصوص (١) على حصر من يجب انفاقه في اصناف ليس اللقيط منهم - وللاجماع الذي ادعاه المصنف ره في محكى التذكرة - فحان كان للصبي مال ينفق عليه منه باذن الحاكم الشرعي لاصالة عدم جواز التصرف في ماله بغير اذنه او اذن وليه - ولان ذلك من وظائف حكام الجور وقد دلت النصوص (٢) على ان ماهو من وظائفهم ثابتة لحكام الشرع (**و**) ان لم يكن له مال فان وجد سلطان يستعان به على نفقته من بيت المال او الزكاة (**ينفق عليه السلطان**) وجوبا مع عدم متبرع بلاخلاف - وما عن المقنعة والنهاية من التعبير بلفظ ينبغي يراد منه الوجوب لان بيت المال معد لمصالح المسلمين - فان تعذر السلطان ولم يوجد من ينفق عليه من الزكاة او ما اعد لمثله او ما كان يصح صرفه فيه (**ف**) المعروف بينهم انه ينفق عليه (**بعض المؤمنين**) الذين منهم الملتقط وفي الجواهر بلاخلاف اجده فيه و استدل له بان بذل النفقة لمثله واجب على الكفاية لانه دفع ضرورة مع التمكن.

قالوا (**فان تعذر انفق ملتقطه ويرجع عليه مع نيته لابدونها**) وما افادوه من هذا الترتيب ينافيه نصوص الباب لاحظ قوله عليه السلام في خبر (٣) المدائني المتقدم فان طلب منه الذي رباه النفقة و كان موسرا رد عليه وان كان معسرا كان ما انفق عليه صدقة - وقوله عليه السلام في صحيح (٤) محمد بن احمد - ولكن تستخدمها

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب النفقات كتاب النكاح

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي من كتاب القضاء

(٣-٤) الوسائل - باب ٢٢ من ابواب اللقطة حديث ٢-٤

بما انفقت عليها او نحوهما غيرهما فان المستفاد منها جواز ان ينفق عليه الملتقط بنية الرجوع عليه بعد البلوغ واليسار أولان يستخدمه ومقتضى اطلاقها جواز ذلك حتى مع وجود السلطان المنفق و هذا مما يقتضيه القاعدة اذ الوجوب على المسلمين من باب رفع حاجة المحتاج لايوجب التبرع - وان شئت قلت ان وجوب الانفاق على المسلمين تبرعا - حكم شرعى موقوف على الدليل ولادليل عليه واصل البرائة يقتضى عدمه - بل يمكن ان يقال انه لايجب على السلطان الانفاق عليه تبرعا بمقتضى القاعدة ايضا لان كون بيت المال معدا المصالح المسلمين لايقتضى الانفاق تبرعا بل له ان ينفق عليه قرضا ويرجع عليه بعد بلوغه ويساره (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الواجب هو الانفاق عليه ولو بعنوان القرض - فان وجد سلطان فهو احق بذلك لان بيت المال معد لذلك وامثاله والا فالملتقط وغيره على حد سواء (نعم) ان وجد من ينفق عليه من الوجوه المنطبقة عليه او تبرعا ليس للملتقط الانفاق عليه بقصد الرجوع عليه - لان ذلك وان كان منافيا للاطلاق فى بادى النظر لكنه بعد ملاحظة فتوى الاصحاب والمنساق الى الذهن من النصوص - يظهر عدم المنافاة .

ثم انه لم يخالف فى جواز الرجوع عليه بعد البلوغ سوى الحلى - محتجا له بالاصل وقاعدة(١) لاضرر ولاضرار (ولكن) الاصل يخرج عنه بالنصوص المتقدمة ومعها لاوجه للرجوع الى قاعدة لاضرر - اضف اليه انه لاضرر فى اخذ عوض ما انفقه عليه (ثم ان) ظاهر خبر المدائنى كون النفقة صدقة مع الاعسار ولم يجد صاحب الجواهر ره عاملا به و لذلك حمله بعضهم على ارادة جواز احتسابه زكاة من سهم الفقراء او الغارمين **(ولو كان له)** اى للقيط **(اب اوجد اوملتقط قبله)** لايكون محكوما بحكم اللقيط **(واجبر على اخذه)** كمامر

عدم وجوب اخذ اللقيط

الخامسة - قال الشيخ والمصنف ره وتبعهما غيرهما **(اخذ اللقيط واجب على الكفاية)** وفى المسالك نسبته الى اكثر الاصحاب تارة - والى معظمهم اخرى وفى الشرايع والنافع

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار

والجواهر البناء على الاستحباب ـ وعن اللمعة والدروس التفصيل بالوجوب مع الخوف عليه والاستحباب مع عدمه واستوجهه في المسالك ـ والظاهر انه يرجع الى القول الثاني لان الكلام في الالتقاط من حيث هو لا فيما اذا توقف عليه حفظ النفس والا فلا يظن باحد ان يشك في الوجوب ح ولا يختص ذلك بالالتقاط بل الحكم ذلك حتى في الكبير وعلى هذا ففي المسألة قولان ـ الوجوب ـ والاستحباب ـ و الاظهر هو الثاني لعدم الدليل على الوجوب و الاصل يقتضي عدمه ـ والاستدلال للوجوب بانه تعاون على البر ـ وبانه دفع لضرورة المضطر ـ غير تام اذ التعاون على البر لا يكون واجبا باطلاقه قطعا ـ واخراج الموارد الثابت فيها عدم الوجوب عن تحت الدليل مستلزم لاخراج الاكثر المستهجن فالمتعين حمل دليله على الاستحباب ـ وكونه دفع ضرورة المضطر ـ قد عرفت عدم ربطه بما هو محل البحث .

السادسة **(وهو)** اي اللقيط بعد الحكم بحريته **(مالك لما في يده)** كما في الكبير ـ ويده كيد البالغ امارة الملكية لان له اهلية الملك و التملك كما صرح به الشيخ والمحقق والمصنف والشهيدان وغيرهم وفي الجواهر بل لا اجد فيه خلافا بين من تعرض له بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه .

احكام الضوال

الموضع الثاني ـ في الضوال جمع ضالة ـ وهي كل حيوان مملوك ضايع إخذ ولا يد محترمة عليه **(و)** لا خلاف في انه **(يكره اخذ الضوال)** في صورة الجواز ـ وفي المسالك واخذه حيث يجوز مكروه كراهة شديدة واستدل لها في المسالك والرياض بالنبوي (١) لا يؤوي الضالة الا الضال ـ وبالخبرين (٢) لا يأكل من الضالة الا الضالون وحيث ان الاول ضعيف السند عند سيد الرياض والخبرين لا يدلان على حكم الاخذ بل هما

(١-٢) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١٠-٥-٧

متضمنان لحكم الاكل فلذا استشكل في الرياض اولا في الحكم ثم قال وفي الفتاوى والخبر الاول كفاية لجواز التسامح في امثال المقام (ويرده) اولا ما تقدم منا مرارا من ان التسامح انما هو في ادلة السنن والمستحبات لا في المكروهات - وثانيا - ان النبوى لا ضعف في سنده فانه رواه الصدوق ره قال و من الفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله لا يؤوى الخ وقد اشرنا مكررا الى ان المرسل اذا كان ثقة ونسب الخبر الى المعصوم جزما لا بنحو روى وشبهه يكون ذلك الخبر حجة لان نسبته جزما اليه كاشفة عن ثبوت صدوره عنه عنده فهو في حكم توثيق الواسطة او الوسائط - وعلى هذا فهو قوى السند و ظاهر الدلالة ويشهد بها مضافا الى ذلك النصوص الناهية عن اخذ اللقطة - كصحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث في اللقطة قال وكان علي بن الحسين عليه السلام يقول لاهله لا تمسوها ونحوه غيره فانها وان كانت في اللقطة وهي المال غير الحيوان كما يأتي الا انها بالفحوى تدل على المقام - وصحيح (٢) معاوية بن عمار عنه عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله في الشاة الضالة وما احب ان امسها او مثله صحيح (٣) هشام (وعلى هذا) فلا اشكال في الكراهة **(الامع التلف)** اذا لم يلتقطه فانه يجوز الاخذ بلا كراهة كما صرح به المصنف وغيره - واستدل له - بان نصوص الكراهة منصرفة عن هذه الصورة وبالاخبار (٤) المتضمنة لقوله عليه السلام - هي لك او لاخيك او للذئب بدعوى انه يرغب في اخذ الضالة التي هي في معرض التلف على معنى انك ان اخذتها ولم تعرف مالكها بعد التعريف تكون لك وان عرفته فقد حفظت مال اخيك المؤمن وان لم تاخذها اكلها الذئب او اخذها غير الامين الذي هو بمنزلة الذئب - ولعله لذا حكى عن المبسوط استحباب اخذها اذا كان امينا في مفازة او في خراب او في عمران (ولكن) الانصراف ممنوع - وقوله عليه السلام متصلا بالقول المتقدم في الاخبار - وما احب ان امسها يدفع التقريب المذكور لدلالة الاخبار عليه و وجوب حفظ المال عن التلف قدمر ما فيه - فاذاً مقتضى اطلاق النصوص الكراهة حتى مع خوف التلف

---

(١) الوسائل باب ١ من كتاب اللقطة حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل - باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ٦-١-٥-

(اللهم) الاان يقال ان حفظ مال الغير وان لم يكن واجبا لكن لاريب فى حسنه ـ لانه احسان اليه ـ كيف وقد دلت الاخبار (١) على جواز الحلف كاذبا لحفظ مال الغير ـ فانها وان كانت فيما لوكان مال الغير تحت اليد ـ الا انه لاشبهة فى استفادة مطلوبية حفظ مال الغير مطلقا منها. وهذا ان لم يوجب الاستحباب ولكن لاريب فى كونه موجبا لرفع الكراهة ـ فلاشبهة فى عدم الكراهه فى هذه الصورة.

لا يؤخذ البعير اذا وجد فى كلاء وماء

ثم ان تمام الكلام فى هذا الموضع بالبحث فى مسائل ـ الاولى ـ ان الحيوان الذى يوجد لايخلو من كونه بعيرا ـ او شاة ـ او غيرهما (ف) الكلام فى فروع ١ ـ (**لا يؤخذ البعير**) اذا وجد (**فى كلاء وماء**) يتمكن من التناول منهما ـ بلا خلاف وعن صريح غاية المراد ـ وظاهر الكفاية الاجماع عليه ـ و النصوص شاهدة به لاحظ صحيح (٢) هشام بن سالم اوحسنه عن الصادق عليه السلام جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال يارسول الله صلى الله عليه وآله انى وجدت شاة فقال رسول الله هى لك اولاخيك او للذئب فقال يارسول الله صلى الله عليه وآله انى وجدت بعيرا فقال معه حذائه وسقائه حذائه خفه وسقائه كرشه فلاتهجه ـ وصحيح (٣) معاوية بن عمار عنه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن البعير الضال ـ فقال صلى الله عليه وآله ـ مالك وله خفه حذائه وكرشه سقائه خل عنه ـ و نحوهما غيرهما ـ ومع ذلك فهو مقتضى القاعدة ايضاً لعدم جواز اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه او السبب المرخص فيه المفقودين فى المقام ـ لان مالكه غير معلوم والبعير مصون عن السباع بامتناعه مستغن بالرعى ـ فلواخذه والحال هذه ضمنه بلاخلاف ولااشكال لعموم على اليد .

---

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الايمان

(٢-٣) الوسائل ـ باب ١٣ من كتاب اللقطة حديث ١ـ٥

ثم ان الشهيد الثاني ره قال في محكى الروضة لايجوز اخذه‌ح بنية التملك مطلقا وفي جوازه بنية الحفظ لما لكه قولان من اطلاق الاخبار بالنهي و الاحسان وعلى التقديرين يضمن بالاخذ - وظاهره الضمان حتى على القول بان اخذه احسان وتجويزه - ووجهه في الجواهر بالعموم المزبور الذى لاينا فيه قاعدة الاحسان المراد منها ماحصل فيه الاحسان لاماقصد ولم يحصل (اقول) اما القول بجواز اخذها بحرم التقاطه بعنوان الحفظ فقد اختاره في محكى التذكرة ولاوجه له بعد اطلاق النصوص المتقدمة و لا مورد لقاعدة الاحسان فانها في موارد جواز وضع اليد حتى يتمحض في الاحسان كما لوعلم من حال صاحبه الرضا بوضع اليد على ماله لايصاله لافي مثل الفرض الذى يحرم ذلك كما هومقتضى القاعدة واطلاق الاخبار - بل مقتضى الاحسان ترك التعرض له حتى يجده فان الغالب ان من اضل شيئا يطلبه حيث يضعه فاذا اخذه غيره ضاع عنه - فلاتوقف في عدم الجواز واما الضمان مع القول بجوازه فينا فيه قاعدة الاحسان المخصصة لقاعدة على اليد - ويرد ما افاده صاحب الجواهر ره ان الفعل اذاصدر بقصد عنوان حسن يتصف بالحسن وان لم يتحقق مبدأ ذلك العنوان في الخارج مثلا ضرب اليتيم بقصد التأديب حسن وان لم يتادب والكذب بقصد انجاء المؤمن حسن وان لم يترتب عليه نجاته بل تمام المناط لاتصاف الفعل بالحسن هو ذلك لاالوجود الواقعي فضرب اليتيم لابداعى التاديب قبيح وان تادب - وعليه ففي المقام على فرض تسليم شمول قاعدة الاحسان لابد من البناء على عدم الضمان اذا اخذه بقصد الحفظ لمالكه وايصاله اليه - وان تلف قبل الوصول اليه .

هذا كله فيما اذا في وجد كلاء وماء (و) الافيجوزان (**يؤخذ في غيره اذا ترك من جهد**) وعطب لمرض اوكسر اوغيرهما (**ويملكه الاخذ**) ح على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر - كذا في الرياض - ولكن صاحب الجواهر ينكر صحة نسبة ذلك الى الاصحاب قال لااظن بارادة الاصحاب ذلك حتى يكون جابرا لان تعبير المعظم لوتركه من جهد ونحوه مما هوظاهر في غير اللقطة .

وملخص الكلام ان البعير المزبور ربما يعرض صاحبه عنه و يتركه و ربما يضيع منه - ومحل الكلام هو الثاني وحيث ان في المقام نصوصا يمكن استفادة الحكم منها فلابد من ملاحظتها لاحظ صحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام من اصاب مالا او بعيرا في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها مما لم يتبعه فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقته حتى احياها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وانما هو مثل الشيء المباح - وقد يقال انه مختص بالصورة الاولى ولا يشمل ما نحن فيه لقوله وسيبها - ولجعله كالمباح - و لكن الموجود في بعض النسخ - نسيها - بدل سيبها و هو انسب بما فيه من الظهور في ان احياء الحيوان الذي هو في غير ماء ولا كلاء وقد اصابه الجهد والكلال سبب لتملك الحيوان المزبور سواء كان اعرض عنه املا - مع ان الحمل على صورة الاعراض حمل على الفرد النادر جدا فان البعير الذي يوجد ولا يعرف صاحبه كيف يمكن احراز الاعراض عنه فالمتعين البناء على العموم - واما جعله كالمباح فلو لم يدل على الاختصاص بمحل الكلام نظرا الى جعله كالمباح لامباحا - والمعروف صيرورته مباحا بالاعراض - لما دل على الاختصاص بصورة الاعراض - فالانصاف شمول الصحيح لما هو محل الكلام - وخبر (٢) مسمع عن الصادق عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهي للذي احياها - قال وقضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة بمضيعة فقال عليه السلام ان كان تركها في كلاء وماء وامن فهي له ياخذها متى شاء وان كان تركها في غير كلاء ولا ماء فهي لمن احياها - واعميته من الاعراض و اضحة وبضميمة ان احراز انه هل تركها او ضاع عنها غير ممكن غالبا وقوله بمضيعة وعدم القول بالفصل بين صورة احراز الترك واحتمال الضياع - يثبت الحكم في مورد الضياع ايضاً - وخبر (٣) السكوني عنه عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد فقال عليه السلام ان كان تركها في

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٣ - من كتاب اللقطة - حديث ٢-٣-٥

كلاء وماء وامن فهى له ياخذها حيث اصابها وان تركها فى خوف و على غير ماء ولا كلاء فهى لمن اصابها وتقريب الاستدلال به كسابقه - فالحكم خال عن الاشكال.

ثم ان الظاهر من النصوص كما افاده سيد الرياض - اعتبار الامرين من الترك من جهد وفى غير ماء ولا كلاء معا فلو انتفى احدهما بان ترك من جهد فى كلاء وماء اومن غير جهد فى غيرهما او انتفى كل منهما لم يجز الاخذ - وعليه الاجماع فى بعض الكتب (فما) عن بعض من كفاية احدهما ضعيف (ثم) لو كانت الفلاة مشتملة على احد الامرين من الماء والكلاء - فهل هى بحكم عادمتهما - ام بحكم مشتملتهما - وجهان مقتضى مفهوم صدر الخبرين الاول - ومقتضى مفهوم ذيلهما الثانى - ويؤيد الاول عدم قوام الحيوان بدونهما - فما - افاده الشهيد الثانى من اختيار الاول اظهر (ثم ان) النسبة بين هذه النصوص وبين النصوص المانعة عن الاخذ عموم مطلق فيقيد اطلاقها بها (فما) عن ابن حمزة من عدم جواز الاخذ فى هذه الصورة التفاتا منه الى المنع عنه فى النصوص المتقدمة (ضعيف) .

ثم اذا اخذها وتملكها فلا اشكال فى عدم الضمان ولا خلاف لظاهر النصوص المتقدمة - نعم عن القواعد فى رد العين مع طلب المالك اشكال بل عن الايضاح انه الاقوى - ولعل وجهه اطلاق قول ابى جعفر عليه السلام فى خبر (١) ابى بصير من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى ياتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه بناء على شموله لمثل المقام - واجاب عنه فى الجواهر بان اقصاه كون التعارض بينهما من وجه ولا ريب فى ان الترجيح للاول من وجوه - واورد عليه بانه لا تعارض بينهما فان خبر ابى بصير ايضاً متضمن لكونه له وليس مفاد النصوص المتقدمة غير ذلك فلا معارض للخبر بالنسبة الى وجوب الرد - ولكن يمكن دفع ذلك بان التفصيل فى خبرى السكونى ومسمع بين تركها فى كلاء وماء فله اخذها - وبين تركها فى غير ذلك فهى لمن اصابها ظاهر فى ارادة الملكية اللازمة والافله اخذها فى المورد الثانى ايضاً ولغى التفصيل من

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كتاب اللقطة حديث ٢

هذه الجهة بل قوله عليه السلام في الصحيح فهي له ولاسبيل له عليها ظاهر في انه ليس له الفسخ والرد - فما افاده في الجواهر تام - ويقدم نصوص الباب للشهرة التي هي اول المرجحات .

حكم الشاة الملتقطة

٢ - **(وتؤخذ الشاة)** ان وجدت **(فى الفلاة)** التى يخاف عليها من السباع جوازا بلاخلاف ظاهر بل عن التذكرة عليه الاجماع - ويشهد به جملة من النصوص المتقدم بعضها - المتضمنة(١) لقوله صلى الله عليه وآله هي لك او لاخيك او للذئب - وماذكروه من انها لاتمتنع من صغير السباع فهي معرضة للتلف فكانت بحكم التالفة (ثم انه) بعد اخذها يتخير بين ان يحفظها لمالكها - ودفعها الى الحاكم - ولاضمان فيهما اجماعا - لانه في الاول امين اذ الشارع رخص في الاخذ وفي الثاني الحاكم ولي الغائب فالدفع اليه كالدفع الى المالك - وبين ان يتملكها بلاخلاف و النصوص المتقدمة شاهدة به ولا يعارضها مادل على انه يحبسها عنده ثلاثة ايام فان جاء صاحبها والا تصدق بثمنها عن صاحبها لما سيأتي .

وهل هي **(مضمونة)** على تقدير التملك كما عن الاكثر مطلقا اومع ظهور المالك بل هو المشهور بينهم - ام لا قولان - يشهد للاول مضافا الى اطلاق خبر ابي بصير المتقدم من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى ياتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه صحيح (٢) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل اصاب شاة في الصحراء هل تحل له قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله هي لك اولاخيك اوللذئب فخذها فعرفها حيث اصبتها فان عرفت فردها الى صاحبها وان لم تعرف فكلها وانت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردها عليه ولاينافي ذلك مادل على التملك فان الجمع بينهما يقتضي البناء على التملك بعوض.

وهل التملك لها قبل تعريف السنة - ام بعده - قولان - وجه الاول اطلاق

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب كتاب اللقطة

(٢) الوسائل باب ٢ - من كتاب اللقطة حديث ١٣

الصحاح المتقدمة المتضمنة لجواز التملك من دون تقييد له - ووجه الثاني الاصل وعموم الامر بالتعريف في اللقطات وظاهر صحيح علي بن جعفر المتقدم - وصحيحه(١) الاخر عنه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوبا اودابة كيف يصنع قال عليه السلام يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها جعلها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه وان مات اوصى بها فان اصابها شيء فهو ضامن - فتامل والثاني اظهر لان اكثر ماذكر في وجهه وان كانت مخدوشة اذ الاصل لا يرجع اليه مع الدليل والامر بالتعريف في اللقطات انما هو في لقطة الاموال غير الضوال بحكم الانصراف و السياق والصحيح الثاني لابن جعفر ظاهر في عدم التملك اصلا - سيما وفي نسخة الوسائل - حفظها - بدل جعلها - ولكن في الصحيح الاول كفاية ولا يعارضه اطلاق الصحاح المتقدمة فانه يقيد به كيف وقد جمع في الصحيح بين ماتضمنته تلك النصوص وبين الامر بالاكل والتملك بعد التعريف.

ويمكن ان يستدل له بصحيح (٢) صفوان عن ابي عبدالله عليه السلام من وجد ضالة فلم يعرفها ثم وجدت عنده فانها لربها - فلا توقف في ان التملك انما هو بعد التعريف سنة - وفي الصحيحين وان لم يصرح بسنة الا انه من المعلوم ان التعريف في هذا الباب هو التعريف سنة واطلاق التعريف فيهما منزل على ماهو المعلوم ثبوته بنصوص اخر ولو في لقطه الاموال - واما خبر(٣) ابن ابي يعفور عنه عليه السلام جاء رجل من المدينة فسالني عن رجل اصاب شاة فامرته ان يحبسها عنده ثلاثة ايام ويسئل عن صاحبها فان جاء صاحبها والا باعها وتصدق بثمنها - فقد حمله الاصحاب على ما اذا اخذت من العمران اوالمساكن الماهولة وماهو قريب منها بحيث لا يخاف عليها من السباع جمعا - وفي الرياض و ظاهرهم الاطباق على العمل بها فبه ينجبر ضعف سنده ويختص الحكم

---

(١) الوسائل - باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٣

(٢) الوسائل باب ١٤ من كتاب اللقطة حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٣ - من كتاب اللقطة حديث ٦

بمورده وهو الشاة ـ وقدمر ان اطلاقه من حيث اخذه من العمران او الفلاة يقيد بالنصوص المتقدمة وليس في الخبر دلالة على جواز الاخذ ففي ذلك يرجع الى القواعد وهي تقتضي عدم جواز الاخذ مالم يخف التلف او النهب كمامر ـ

حكم الحيوان غير البعير والشاة

٣ ـ اذا وجد غير البعير والشاة في الفلاة فان كان دابة فهي ملحقة بالبعير بلاخلاف وخبرا السكوني ومسمع شاهدان بالالحاق ـ واما البقرة والحمار فعن الشيخ والحلي والمحقق وغيرهم الالحاق وهو الاظهر. اما المنع لو وجدا في كلاء وماء فلانه مقتضى القاعدة ـ ـ اضف اليه مافي المسالك مشاركتهما للدابة في العدو والامتناع من صغير السباع ـ وكون المفهوم من فحوى المنع من اخذ البعير وهو قدرته على الامتناع مما يملكه المساواة ـ واما الجواز فيما لو وجدا في غير ماء ولا كلاء ـ فلاطلاق قوله عليه السلام في صحيح ابن سنان من اصاب مالا او بعيرا في فلاة من الارض ... الخ .

وان كان الحيوان الموجود ـ مالا يمتنع من صغير السباع كاطفال الابل والبقر والخيل والحمير والدجاج والازر وماشاكل فالمشهور الحاقه بالشاة في حكمها وعن التذكرة نسبته الى علمائنا و هو الحجة فيه و يؤيده ان المستفاد من النصوص الواردة في البعير والشاة ان المدار على الامتناع و الاستغناء حتى ياتي صاحبه و عدمه ـ وبما ذكرناه يظهر حكم ما لو كان من قبيل الغزلان واليحامير وماشابههما اذا ملكت ثم ضلت و انها تلحق بالبعير لانها تمتنع عن السباع بسرعة العدو وتستغني بالرعي في الفلاة فما ذكرناه في البقرة جار فيها ـ ثم ان هذا كله في الضالة في الفلاة ـ وهي الارض غير الماهولة .

واما لو وجدت في العمران الذي هو الماهول فلا يحل اخذها ممتنعة كانت او غير ممتنعة للاصل ـ وهو عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير رضاه وفي العلل المذكورة في النصوص اشارة اليه ـ وصحيحا صفوان وعلي بن جعفر المتقدمان المتضمنان لبيان تعريف الضالة لا يدلان على الجواز لعدم كونهما في مقام البيان من هذه الجهة وقد خرج عن ذلك

الشاة وقدمر الكلام فيها-

حكم ماينفق على الضالة

الثانية **(و)** لو اخذ الضالة عليه ان **(ينفق)** عليها **(مع تعذر السلطان)** بل مع امكانه لانه ان لم يكن الاخذ جائزا فهو غاصب ويجب عليه حفظها ليردها على المالك والانفاق من مقدمات الحفظ - و ان كان جائزا فهي امانة شرعية في يده و يجب حفظ الامانة من التلف وان اخذها وتملكها في ماكان جائزا فهي مملوكته - وانفاق المملوك واجب **(و)** على التقادير لاوجه للتقييد بصورة تعذر السلطان - ثم انه ان انفق عليها فهل **(يرجع بها)** على المالك ام لا الظاهر هو الثاني في مورد عدم جواز الاخذ لان الانفاق ليس بامر المالك ولا اذنه ولا اذن من الشارع الاقدس - ومجرد عود نفعه الى المالك لايوجب ضمانه لها - اضف اليه انه مع عدم جواز الاخذ يكون غاصبا وقد صرح في صحيح (١) ابي ولاد بان الغاصب لايرجع -قال قلت له جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال عليه السلام لا لانك غاصب- والاول في مورد جوازه لمفهوم الصحيح فان المستفاد منه ان غير الغاصب له الرجوع بما انفق على الضالة - ولقوله عليه السلام (٢) في خبر علي ابن جعفر انما يحل له بيعها بما انفق عليها - وقريب منه غيره حيث انه يدل على جواز البيع لاخذ ما انفق عليها - فالمتحصل انه مع اذن الشارع في الاخذ او العلم برضا المالك به يرجع فيما انفق عليها ولا يرجع بدون ذلك .

ثم انه ان كان للضالة نفع كالظهر والركوب او اللبن فان كان يجوز له اخذها جاز الانتفاع به في مقابلة الانفاق بلا خلاف ويعضده صحيح (٣) محمد بن احمد عن الصادق عليه السلام عن اللقيطة لاتباع و لا تشرى و لكن تستخدمها بما انفقت عليها - انما الخلاف

---

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨

(٣) الوسائل - باب ٢٢ من كتاب اللقطة حديث ٤

فى كيفية الاحتساب ففى المتن **(ولو انتفع تقاص)** ونحوه مافى الشرايع والنافع بل فى الجواهر هو خيرة جميع من تاخر عن المصنف - وعن الشيخ فى النهاية كان ذلك بازاء ما انفق وكل من القولين مخالف للقاعدة - اما الاول - فلان المقاصة مشروطة بشروط ذكرناها فى كتاب القضاء ولم يعتبر احد شيئا منها فى المقام - واما الثانى - فلان وقوع المعاوضة بين مال المالك الغائب وما ينفق عليهما خلاف القواعد - ولكن الذى يسهل الخطب معلومية ان له الانتفاع ولا ثمرة للنزاع فى انه هل هو بعنوان المعاوضة او المقاصة

الثالثة **(و اذا حال الحول على الضالة و نوى الاحتفاظ فلا ضمان)** كمامر بل عرفت انه لاضمان مع نية الاحتفاظ فى اثناء الحول ايضا **(ولو نوى التملك ضمن)** كما يشهد به النصوص على ما مر فراجع .

حكم لقطة المال الصامت

الموضع الثالث فى لقطة المال الصامت - وهى لغة وعرفا كل مال غير الحيوان ضايع ولا يد لاحد عليه ولو كانت هى يد ملتقط سابق - و بالقيد الاخير يخرج المال الضايع الذى سبقت عليه يد الالتقاط كما انه باعتبار الضياع يخرج غير اللقطة من افراد المال المجهول مالكه - وان شئت قلت ان المجهول مالكه الذى لا يد لاحد عليه تارة يكون ضايعا عن مالكه مثل ما يوجد فى الطريق وشبهه - واخرى لا يكون ضايعا منه مثل ما يؤخذ من يد السارق و الغاصب و ما جعل امانة ثم فقد ما لكها و ما شاكل - و الاول هو اللقطة بالمعنى الاخص - والثانى هو مجهول المالك - فالفرق بين العنوانين هو اعتبار صدق اسم الضياع ولو بشاهد الحال من المالك فى اللقطة دون مجهول المالك بل قيل ان الاصل عدم ترتب احكام اللقطة مع تحقق اسم الضياع - اما مجهول المالك فقد اشبعنا الكلام فيه فى المكاسب المحرمة - وبينا هناك ان الاظهر فيه تعين الصدقة - وذكرنا عدم اعتبار اذن الحاكم - وان مصرفها الفقراء ويجوز اعطائها الهاشمى والكلام فى المقام فى خصوص اللقطة وتمام البحث فيها فى طى مسائل .

يكره اخذ اللقطة

الاولى (**ويكره اخذ اللقطة**) مطلقا فى مورد جوازه كما مر فى الموضع الثانى ويشهد به نصوص كثيرة ـ كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام عن اللقطة قال عليه السلام لاترفعها فان ابتليت بها فعرفها سنة الحديث وصحيح (٢) على ابن جعفر عن اخيه عليه السلام فى حديث قال وكان على بن الحسين يقول لاهله لاتمسوها ومرسل (٣) الصدوق ـ قال الصادق عليه السلام افضل مايستعمله الانسان فى اللقطة اذا وجدها ان لاياخذها ولايتعرض لها فلوا ان الناس تركوا بما يجدونه لجاء صاحبه فاخذه وان كانت اللقطة دون درهم فهى لك الحديث ونحوها غيرها ـ وما فى جملة من تلك النصوص من النهى عن الاخذ محمول على الكراهة للاجماع على عدم الحرمة وفى الجواهر بل يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة او الضرورة فضلا عن الاجماع ـ ولمرسل الصدوق ـ وصحيح (٤) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام عن اللقطة فارانى خاتما فى يده من فضة قال عليه السلام ان هذا مما جاء به السيل وانا اريد ان اتصدق به ـ واما فى جملة منها من القرائن كالتعبير بلايصلح ولاينبغى وغير ذلك.

وانما الخلاف وقع فى جواز اخذ لقطة الحرم وعدمه ـ وفى المسالك اختلف الاصحاب فى لقطة الحرم على اقوال منتشرة حتى من الرجل فى كتاب واحد ـ وعلى هذا فلا من بد من ملاحظة الادلة بلا نظر الى اقوال الفقهاء فقد استدل للحرمة ـ بقوله (٥) تعالى « اولم يروا انا جعلنا حرما آمنا » بدعوى ان مقتضاه ان يكون الانسان امنا فيه على نفسه و ماله وهوينا فى جواز اخذه ـ وبجملة من النصوص ـ كحسن (٦) الفضيل بن يسار عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة فى الحرم قال عليه السلام

(١ـ٢ـ٣) الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حديث ١٠ـ١٢ـ٩

(٤) الوسائل باب ٧ من ابواب اللقطة حديث ٣

(٥) سورة العنكبوت آية ٦٧

(٦) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ٥

لايمسها واما انت فلاباس لانك تعرفها - و خبره (١) الاخر عن ابى جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم فقال عليه السلام لاتمس ابدا حتى يجيء صاحبها فيأخذها قلت فان كان مالا كثيرا قال فان لم يأخذها الامثلك فليعرفها - وخبر (٢) على بن ابى حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليهما السلام عن رجل وجد دينارا فى الحرم فاخذه قال عليه السلام بئس ما صنع ما كان ينبغى له ان يأخذه قلت قد ابتلى بذلك قال يعرفه قلت فانه قد عرفه فلم يجده باغيا فقال عليه السلام يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه فهوله ضامن - ومرسل (٣) ابراهيم بن ابى البلاد قال الماضى (اى العسكرى عليه السلام) لقطة الحرم لاتمس بيد ولا برجل ولوان الناس تركوها لجاء صاحبها واخذها . و خبر (٤) يعقوب بن شعيب عن ابى عبدالله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى فقال عليه السلام اما بارضنا فلايصلح و اما عندكم فان صاحبها الذى يجدها يعرفها سنة فى كل مجمع ثم هى كسبيل ماله .

ولكن الاية الكريمة لاتدل على المنع من الاخذ فان المراد من كونه امنا هو كونه امنا فى الدنيا اوالاخرة وهذا لاينا فى جواز الالتقاط مع البناء على التعريف واما النصوص وان اتعب سيد الرياض نفسه الزكية لاثبات دلالتها على الحرمة بعد ادعاء جبر ضعف السند فى جملة منها بالشهرة - الا ان الانصاف ان ملاحظة مجموعها توجب الاطمينان بالكراهة فان فيها قرائن دالة على ذلك - منها . التصريح فى حسن الفضيل بعدم الباس معللا بانك تعرفها - ومنها - قوله فى خبره الاخر فان لم ياخذها الامثلك فليعرفها فان ذلك بعد النهى عن المس ظاهر فى جوازه لمثله ومن المعلوم انه لوكان حراما لساوى مع غيره - ومنها - قوله لايصلح فى خبر ابن شعيب - ومنها - ان فى جملة من النصوص الاتية المتضمنة لحكمه بعد الاخذ من دون تعرض فيها للنهى -

---

(١-٤) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب مقدمات الطواف من كتاب الحج حديث ٢-١
(٢) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة حديث ٢
(٣) الوسائل باب ١ من ابواب اللقطة حديث ٣

ومنها غير تلكم من القرائن الموجبة للاطمينان بعدم الحرمة فان الاظهر هو الكراهة مطلقا.

حكم اللقطة بعد الاخذ

الثانية **(فان اخذها وكانت دون الدرهم ملكها)** بغير تعريف بلاخلاف اجده فيه كذا في الجواهر - بل عليه الاجماع عن التذكرة وغيرها ويشهد به مرسل (١) الصدوق المتقدم - وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلاتعرفها فان وجدت في الحرم دينار امطلسا فهو لك لاتعرفه - وخبر (٢) ابي بصير عن الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع حتى ياتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه - فان اطلاقه يشمل مادون الدرهم ويدل على جواز التملك بدون التعريف - وخبر (٣) محمد بن ابي حمزة الصحيح بابن ابي عمير - عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام عن اللقطة قال عليه السلام تعرف سنة قليلا كان او كثيرا - قال وماكان دون الدرهم يعرف . وظهور الاولين في الملكية لاينكر - ثم ان تمام الكلام بالبحث في جهات.

١ - هل يختص ذلك بلقطة غير الحرم ام يعم لقطته - قولان بل ظاهر الشرايع والنافع عدم الخلاف في الثاني بل عن الخلاف الاجماع عليه - وهو الاظهر - لاطلاق النصوص المتقدمة - ولا يعارضها اطلاق ما دل على عدم تملك لقطة الحرم - لانه بقرينة مافيه من التفصيل بين لقطة الحرم ولقطة غيره والحكم بالتصدق في الاولى وجواز التملك في الثانية بعد التعريف حولا - يختص بالازيد من الدرهم ولو سلم اطلاق تلك النصوص ايضاً فالنسبة بينها و بين هذه عموم من وجه و تقدم نصوص الباب لماسمعته من دعوى عدم الخلاف .

-٢- ظاهر المرسل وخبر ابي بصير حصول الملكية بمجرد الاخذ ولو لم يقصد التملك وعن القواعد اعتبار نية التملك و قواه في الجواهر مستدلا له - بان المرسل

---

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ٩

(٢-٣)- الوسائل باب ٤ - من كتاب اللقطة - حديث ٢-١

ضعيف السند و المتيقن من الاجماع حصول الملكية بعد النية ـ وبظهور الادلة فى عدم الفرق بين القليل و الكثير الا بالتعريف و من المعلوم اعتبار النية فى الثانى وباصالة عدم الملك حتى ينويه ـ ويرد الاول مامر من اعتباره ـ مضا فاالى ان ضعفه او كان منجبر بالعمل ـ و الثانى انه ليس فى النصوص ما يتضمن عدم الفرق بين القليل والكثير الا بذلك ـ والثالث ان الاصل لايرجع اليه مع الدليل ـ فالاظهر عدم اعتبارها .

-٣- ظاهر المتن والارشاد والمحكى عن الشيخين والديلمى وابن حمزة انه لا يضمن فلوجاء صاحبه لايغرم له قيمته مع التلف ولا يرد العين مع بقائها ـ بل عن النهاية والغنية التصريح بذلك بل فى محكى المختلف انه المشهور وعن الغنية الاجماع عليه للاصل و ظاهر قوله عليه السلام لك فى المرسل ـ وعن القواعد والايضاح والتنقيح والرياض الضمان ـ واستدل له فى الرياض بعدم صراحةالنصوص فى التملك بناءعلى عدمصراحةاللامفيهوبان نصوصها مابين ضعيف السندكالمرسل ـ وغيرمتضمن عدانفى وجوب التعريف فى هذا المقدار وهو لايستلزم التملك ـ ويرده كفاية الظهور ولا يعتبر الصراحةفى الدليل وانكار ظهوراللام فى الملكية مكابرة ـ و المرسل قد عرفت اعتباره مضافا الى انجبارضعفه اوكان بالعمل (فالحق) ان يقال ان مقتضى القاعدة عدم الضمان بمعنى انه مع بقاء العين لايجب ردهاومع تلفهالايجب رد بدلها اذ بعد ماصارت له لاموجب للضمان ـ لكن خبر ابى بصير المتقدم دال على انه مع بقاء العين اذا جاء طالبهاوجب الرد ـ فيلتزم به فى خصوص صورة البقاء ـ وماعن الايضاح والتنقيح ـ من ان الخبر بعد الاجماع على عدم وجوب رد العين يحمل على ارادة رد القيمة ـ غريب اذلا اجماع على عدم وجوبه وعلى فرضه يطرح الخبر اويحمل على الرجحان لاانه يحمل على ارادةمعنى آخر ـ

-٤- هل يختص هذا الحكم بمادون الدرهم ـ ام يعم الدرهم قولان اقواهما الاول فالدرهم كالزايدفى التعريف ـ لاختصاص المرسل وخبر ابن ابى حمزة بما دون

الدرهم - بل في الخبر حكم عليه السلام اولا بوجوب التعريف في القليل و الكثير ثم استثنى خصوص ما دون الدرهم (واستدل له) في الرياض والجواهر بالصحيح عن الرجل يصيب درهما او ثوبا اودابة قال عليه السلام يعرفه سنة و الظاهران المراد به صحيح (١) علي بن جعفر المتقدم والموجود في نسخة الوسائل الموجودة عندي - دراهم - بدل درهما - وعليه فهو لايدل على ذلك (ثم انه) قال في المنافع فيه روايتان - وفي الرياض والجواهر عدم الوقوف عليهما - اقول الظاهران مراده من رواية الالحاق خبر (٢) ابي بصير المتقدم الدال على ان اللقطة لواجدها مطلقا بدون التعريف خرج عنه مازاد عن الدرهم وبقي الباقي (ولكن) النسبة بينه وبين نصوص التعريف التباين من حيث المورد والاطلاق والتقييد من حيث اعتبار التعريف فيقيد اطلاقه من هذه الجهة بها - ثم يقيد اطلاق الجميع من حيث كونها اقل من الدرهم او الازيد بما تقدم من الاخبار - فالمتحصل من النصوص بعد ضم بعضها الى بعض الحاق الدرهم بما زاد عليه.

وجوب تعريف اللقطة حولا

(وان كانت) اللقطة **(درهما فمازاد عرفها حولا)** بلا خلاف بل عليه الاجماع في جملة من الكلمات - ويشهد به صحيح (٣) الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث قال واللقطة يجدها الرجل ويأخذها قال عليه السلام يعرفها سنة فان جاء لها طالب والافهي كسبيل ماله - وخبر (٤) كثير سأل رجل امير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال عليه السلام يعرفها فان جاء صاحبها دفعها اليه والاحبسها حولا فان لم يجيء صاحبها اومن يطلبها تصدق بها - و نحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة الاتية جملة منها (ومقتضى) اطلاق جملة منها وصراحة اخرى عدم الفرق في وجوب ذلك بين لقطة الحرم ولقطة غيره - وايضاً عدم الفرق في لقطة غير الحرم بين صورة ارادة التملك وصورة ارادة

(١-٣-٤) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ١٣-١-٢

(٢) الوسائل باب ٤ من اللقطة حديث٢

التصدق اوالحفظ كما عليه الاكثر (وعن) المبسوط اختصاص وجوب التعريف حولا- بالصورة الاولى محتجا بان التعريف انما وجب لتحقق شرط التملك فاذا لم يقصده لم يجب ويكون مالا مجهول المالك (وفيه) انه مناف لصراحة جملة من النصوص المتضمنة للتعريف حولا - ثم يتصدق به فلا اشكال في وجوب التعريف حولا مطلقا **(فان كانت في الحرم تصدق بها بعده)** اى بعد تعريف السنة **(ولا ضمان او استبقاها امانة)** في يده ولا يجوز له ان يتملكها بلاخلاف في شيء من تلكم الافي عدم جواز التملك فقد جوزه الحلبي .

اقول اما التصدق فيشهد به نصوص - كخبر (١) على بن ابى حمزة عن الكاظم عليه السلام عن رجل وجد دينارا في الحرم فاخذه قال عليه السلام بئس ما صنع ما كان ينبغي له ان ياخذه قال قلت قد ابتلى بذلك قال عليه السلام يعرفه قلت فانه قد عرفه فلم يجد له باغيا فقال عليه السلام يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه فهو له ضامن - وخبر (٢) اليماني عن الصادق عليه السلام اللقطة لقطتان لقطة الحرم وتعرف سنة فان وجدت صاحبها والا تصدقت بها ولقطة غيرها تعرف سنة فان جاء صاحبها والا فهى كسبيل مالك و ظاهرهما تعين الصدقة - ولكن يمكن ان يقال ان الامر بالصدقة لوروده مورد توهم الحضر بالنسبة الى حفظ المال لصاحبه الذى هو مقتضى القاعدة، الاصل لا يستفاد منه اللزوم فيتخير بين الصدقة واستبقائها امانة .

واما التملك فقد استدل له - تارة باطلاق مادل على تملك اللقطة بعد التعريف واخرى بخبر (٣) الفضيل بن غزوان قال كنت عند ابى عبدالله عليه السلام فقال له الطياران ابن حمزة وجددينا رافي الطواف قد انسحقت كتابته قال (ع) هو له- وثالثة بمرسل (٤) الصدوق عن الصادق (ع) فان وجدت في الحرم دينار امطلسا فهو لك لا تعرفه (ولكن) الاطلاق يقيد بما مر - و الخبرين لم يعمل بهما احد سوى الصدوق - لانهما يدلان على جواز التملك بدون التعريف بل في الثاني منهما النهى عن ذلك - فيتعين حملهما

(١-٣) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللقطة - حديث ٢-١
(٢) الوسائل - باب ٢٨ - من ابواب مقدمات الطواف - حديث٤
(٤) الوسائل - باب ٢من كتاب اللقطة حديث ٩-

على صورة العلم باليأس عن معرفة المالك .

واما الضمان على فرض التصدق فيشهد به خبر علي بن ابى حمزة ـ واطلاق ماورد فى مطلق اللقطة ـ كصحيح (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فياتي صاحبها ماحال الذى تصدق بها ولمن الاجر هل عليه ان يرد على صاحبها اوقيمتها قال (ع) هو ضامن لها والاجر له الاان يرضى صاحبها فيدعها و الاجر له ـ ونحوه غيره ـ ولاوجه لتخصيص هذه النصوص بلقطة الحرم واما على فرض الاستبقاء فالظاهر عدمه على المختار من عدم حرمة اخذ لقطة الحرم لان المال ح امانة شرعية عنده فلايكون عليه ضمان بتلفه ـ فان قيل ـ ان عموم على اليد قاض به ـ قلنا انه خصص باليد الامانية شرعية كانت ام مالكية ـ نعم يتم الاستدلال به له على القول بعدم جواز الاخذ لانه ح كالغاصب .

حكم لقطة غير الحرم

(و ان كانت فى غيره) اى فى غير الحرم **(فان نوى التملك)** بعد التعريف **(جاز و يضمن و كذا ان تصدق بها و لو نوى الحفظ فلا ضمان)** فها هنا فرعان (احدهما) انه يتخير بين التملك والتصدق والحفظ (ثانيهما) ان عليه الضمان على الاولين دون الاخير (اما الاول) فهو المشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة بل عليه الاجماع عن التذكرة وغيرها ـ واستشكل فى جواز الابقاء والحفظ فى الرياض قال ان ظاهر الاخبار تعين احد الاولين ـ والنصوص الواردة فى المقام على طوائف .

الاولى ـ مايدل على الصدقة ـ كصحيح (١) على بن جعفر المتقدم ـ وخبر (٢) كثير عن امير المومنين عليه السلام المتقدم فان لم يجيء صاحبها ومن يطلبها تصدق بها فان جاء صاحبها بعدما تصدق بها ان شاء اغترمها الذى كانت عنده وكان الاجر له وان كره ذلك

(١ـ٢ـ٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١٤ ـ ٢

احتسبها والاجر له. وخبر (١) حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام في رجل اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا واللص مسلم هل يرد عليه فقال عليه السلام لا يرده فان امكنه ان يرده على اصحابه فعل و الا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها ردها عليه و الا تصدق بها فان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر و الغرم الحديث و نحوها غيرها.

الثانية ما يدل على جواز التملك. كخبر (٢) داود بن سرحان. الذي ليس في سنده من يتوقف فيه سوى سهل والامر فيه سهل لانه يعتمد على خبره عن الصادق عليه السلام في اللقطة يعرفها سنة ثم هي كساير ماله. وخبر (٣) حنان عنه عليه السلام عن اللقطة تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والافانت احق بها وقال هي كسبيل مالك وقال خيره اذا جاءك بعد سنة بين اجرها وبين ان تغرمها له اذا كنت اكلتها وفي نقل اخر. فانت املك بها. بدل احق بها. وصحيح (٤) علي بن مهز يار. فالغنائم والفوائد يرحمك الله فهي الغنيمة يغنمها المرأ والفائدة يفيدها والجائزة من الانسان للانسان التي لها خطر الى ان قال ومثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب. وصحيح (٥) ابي بصير عن الباقر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى ياتيه طالبه. ونحوها غيرها.

الثالثة ما يدل على جواز الحفظ. كصحيح (٦) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن الرجل يصيب اللقطة دراهم او ثوبا او دابة كيف يصنع قال يعرفها سنة فان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه وان مات اوصى بها فان اصابها شيء فهو ضامن. وصحيح (٧) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام عن اللقطة.

---

(١) الوسائل باب ١٨ . من كتاب اللقطة . حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ١١-٥

(٤) الوسائل باب ٨ - من كتاب الخمس حديث ٥

(٥) الوسائل - باب ٤ من كتاب اللقطة حديث ٢

(٦-٧) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث -١٣- ١٠

لا يرفعها فان ابتليت بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها فى عرض مالك يجرى عليها ما يجرى على مالك حتى يجيء لها طالب فان لم يجيء لها طالب فاوص بها فى وصيتك - ونحوه صحيحه(١) الاخر عن احدهما عليه السلام بناء على ان المراد بجعلها فى عرض المال حفظها فيه من غير عزل لها عنه قال المحدث الكاشانى اى فى جملته وفيما بينه من غير مبالات بترك عزلها عنه انتهى.

الرابعة ما ظاهره انها للامام عليه السلام كخبر(٢) داود بن ابى يزيد عن الامام الصادق عليه السلام قال له رجل انى قد اصبت مالا وانى قد خفت فيه على نفسى فلو اصبت صاحبه دفعته اليه وتخلصت منه فقال له ابوعبدالله عليه السلام والله ان لو اصبته كنت تدفعه اليه قال اى والله قال فانا والله ماله صاحب غيرى قال فاستحلفه ان يدفعه الى من يامره قال فحلف فقال فاذهب فاقسمه فى اخوانك ولك الامن مما خفت منه قال فقسمته بين اخوانى.

ثم ان الجمع بين الطوائف الثلاث الاول يقتضى البناء على التخيير بين الثلاثة اى التملك - والحفظ - والتصدق - فان نصوص التملك صريحة فى الجواز وعدم لزوم التصدق او الحفظ فيحمل الامر بكل منهما - مضافا الى عدم ظهوره فى نفسه فى التعيين على ارادة بيان احد افراد التخيير - واما الاخيرة - فالخبر ضعيف لحجال - مع انه يحتمل فيه وجوه - منها - ما هو اساس الاستدلال وهو كونه لقطة غيره لكنه تكون له ومنها - كون ما اصابه لقطته عليه السلام فامر بالصدقة على الاخوان تبرعا - و منها - كونه لقطة من غيره لكنه عرف انه لاوارث له فيكون المال له - ومنها غير ذلك - فلا يصح الاستدلال به للاجمال.

واما الفرع الثانى فيشهد لثبوت الضمان مع التملك - او الصدقة - النصوص المتقدمة الواردة فى كل منهما - و اما ثبوته مع الحفظ فيدل عليه ايضا ماتقدم من

---

(١) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة - حديث ٣
(٢) الوسائل باب ٧ - من كتاب اللقطة حديث ١

نصوصه وان كان خلاف قاعدة الامانة ـ الا ان الظاهر تسالمهم على عدم الضمان معه

حكم مالو كانت اللقطة ممالا يبقى

الثالثة **(ولو كانت ممالا يبقى)** كالطعام والرطب الذى يفسد والبقول ونحوها **(انتفع بها بعد التقويم وضمن القيمة او يدفعها الى الحاكم فلاضمان)** بلاخلاف فى شيء من تلكم فهاهنا احكام ـ ١ ـ ان له الانتفاع بها بعد التقويم ـ ويشهد به قوى (١) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفرة وجدت فى الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين فقال امير المؤمنين عليه السلام يقوم ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء فان جاء طالبها غرموا له الثمن فقيل يا امير المؤمنين لايدرى سفرة مسلم او سفرة مجوسى فقال (ع) هم فى سعة حتى يعلموا ـ ومرسل (٢) الصدوق عنه (ع) وان وجدت طعاما فى مفازة فقومه على نفسك اصاحبه ثم كله ـ وهل له ان يبيعها من غيره كما عن المصنف و الكركى و ثانى الشهيدين وغيرهم بل عن التذكرة الاجماع عليه ـ ام لا يجوز ذلك ـ وجهان مبنيان على ان ما هو ظاهر الخبر الاول وصريح الثانى من انه يقوم على نفسه اريد به المثال والافمن المقطوع به عدم الفرق بين تقويمها على نفسه اوعلى الغير ـ اوله خصوصية فلاموجب لرفع اليدعن اصالة عدم جواز بيع مال الغير ـ والاظهر هو الاول لما مر ولعموم التعليل ويؤيده مادل على جواز بيع الجارية لمن التقطها بماينفق عليها ـ وعلى هذا فلايحتاج الى اذن الحاكم .

٢ ـ ان له ان يدفعها الى الحاكم ـ و وجهه ان الحاكم ولى الغيب من جهة ان حفظ مال الغائب و التصرف فيه بما فيه صلاحه من وظائف حكام الجور و قد

---

(١) الوسائل باب ٢٣ ـ من كتاب اللقطة ـ حديث ـ ١

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٩

دل(١) الدليل على ان جميع ما هو من وظائفهم ثابتة للحاكم الشرعى كما مر وسياتى مفصلا ولا ينافيه الخبران - لان الامر فيهما لوروده مورد توهم الحظر لا يدل على ازيد من الجواز .

٣ - انه لو قومها على نفسه ضمن قيمتها - ويشهد به مضافا الى عدم الخلاف فيه الخبران المتقدمان .

٤ - انه لو دفعها الى الحاكم فلا ضمان ووجهه ان الدفع الى الحاكم من قبيل الدفع الى المالك نفسه لانه وليه فلا وجه للضمان بعد ذلك وهل يجب التعريف كما صرح به المصنف ره والشهيد الثانى وهو ظاهر الاصحاب كما فى الجواهر - ام لا يجب كما عن بعض الاجلة وجهان - اظهرهما الاول لاطلاق ادلة التعريف ولا ينافيه التصرف المزبور فيه قبله فيعرفه ح نفسه دون الثمن - ولو افتقر ابقاء اللقطة الى علاج كالرطب المفتقر الى التجفيف - فعن الشيخ والمصنف ره و المحقق يرفع خبرها الى الحاكم ببيع بعضا و ينفقه فى اصلاح الباقى و ان راى الحاكم الحظ فى بيعه اجمع جاز - وعن التحرير والتذكرة والدروس والمسالك التخيير بين ذلك وبين فعله وقواه من الجواهر (اقول) اما خبر السكونى والمرسل المتقدمان فهما مختصان بغير المورد وفى الفرض لابد من ملاحظة القواعد - فقد يقال ان مقتضى اصالة عدم جواز بيع مال الغير ان لا يجوز للملتقط - واما الحاكم فقد مر انه ولى الغائب. ولكن يمكن ان يقال - انه بعد الالتقاط يكون المال امانة شرعية عنده فهو مامور بحفظه و الفرض ان الحفظ متوقف على ذلك فيجوز ويعضده ما دل(٢) على جواز بيع اللقيط فيما انفق عليه فالاظهر هو التخيير

(و) الرابعة المشهور بين الاصحاب **(انه يكره له اخذ ما يقل قيمته ويكثر نفعه)** كالعصا والشظاظ والوتد والحبل والعقال واشباهها - وقد مر الكلام فى ذلك وعرفت انه يكره اخذ اللقطة مطلقا - نعم فى هذه الاشياء لعلها آكد - من جهة ورود

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى من كتاب القضاء

(٢) الوسائل باب ٢ من كتاب اللقطة حديث ٨

النص (١) بالنهي عنه في بعضها - وان دل آخر(٢) على عدم الباس به .

حكم مايوجد في الخربة

الخامسة **(وما يوجد في فلاة اوخربة فلواجده)** بلاخلاف فيه في الجملة وان اضطربت كلماتهم في بيان موضوع الحكم بنحو يكون جامعا ومانعا - والمستند صحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام عن الدار يوجد فيها الورق فقال(ع) ان كانت معمورة فيها اهلها فهي لهم وان كانت خربة قد جلا عنها اهلها فالذي وجد المال احق به - ونحوه صحيحه (٤) الاخرعن احدهما (ع) وما في الخبرين من انه ان كانت الدار معمورة فما وجد لاهلها - انما هو من جهة قاعدة اليد فان اليد على الدار امارة ملكيتها ومافيها -ثم ان الخبرين مضافا الى انه ليس فيهما ما يشهد بانه لواجده فانهما متضمنان ان الواجد احق به - ويلائم ذلك مع ان له التملك بعد التعريف سنة وان له ولاية حفظه - يعارضهما موثق (٥) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضى علي (ع) في رجل وجد ورقا في خربة ان يعرفها فان وجد من يعرفها والا تمتع بها- وقد جمع الاصحاب بين النصوص (تارة) بحمل الموثق على ما عليه اثر الاسلام والصحيحين على ما لااثر عليه (واخرى) بحمل الصحيحين على مالامالك معروف له والموثق على ماله مالك معروف (وثالثة) بحمل الصحيحين على ما يوجد في تلكم الاماكن مما هو معلوم اوظاهر في انه للاعصر السالفة والموثق على الموجود فيهامما هو معلوم اوظاهر لاهل ذلك الزمان - ولكن شيئا منها ليس عرفيا-وفي المسالك اورد على الموثق بان محمد بن قيس مشترك بين الثقة والضعيف - وفيه - انه بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه هو الثقة .

فالحق هو الجمع بتقييد اطلاق الاولين بالموثق وحملهما على ارادة ان المال

(١-٢) الوسائل باب ١٢ - من كتاب اللقطة - حديث ٢-١

(٣-٤-٥)الوسائل باب ٥ من كتاب اللقطة حديث-١-٢-٥

لواجده بعد التعريف - كما انه قد ورد نظير ذلك فى مطلق اللقطة لاحظ صحيح ابى بصير المتقدم من وجد شيئاً فهو له فليتمتع به فكما انه يحمل على ما بعد التعريف كذلك هذان الخبران (فالمتحصل) انه لاخصوصية للخربة وعلى هذا - فالخربة ان كانت بحيث يدخلها احد و او من جهة كونها فى الطريق فيمر منها فحكمها حكم غيرها - والا فحيث لااثر للتعريف فلامحالة يكون ساقطا فله ان يتملك بمجرد الالتقاط او يتصدق به وكذا فى كل مورد سقط التعريف للعلم بعدم العثور على صاحب المال اوانه لايتمكن صاحبه من اثبات انه له اولا يعرف هو ايضاً - من جهة عدم العلامة لما وجد - فانه فى جميع هذه الموارد يسقط التعريف فيرجع الى اطلاق مثل صحيح ابى بصير وغيره الدال على التملك او الصدقة .

(و) مما ذكرناه ظهر انه **(لو كان)** ما وجد **(فى مملوك عرف المالك فان عرفه فهو له)** - لدلالة الصحيحين عليه مضافا الى قاعدة اليد - وموثق (١) اسحاق ايضا شاهد به وهذا لااشكال فيه - انما الاشكال فيما افاده بقوله **(والا فللواجد)** اذلا دليل عليه اصلا و التمسك بفحوى ما فى الصحيح الاتى الوارد فى الماخوذ من جوف الدابة. غير صحيح بل - موثق (٢) اسحاق بن عمار عن ابى ابراهيم عليه السلام عن رجل نزل فى بعض بيوت مكة فوجد فيه نحوا من سبعين درهما مدفونة فلم تزل معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع قال عليه السلام يسأل عنها اهل المنزل لعلهم يعرفونها قلت فان لم يعرفوها قال يتصدق بها - يدل على الصدقة به - اللهم الا ان يقال ان الموثق فى مجهول المالك لااللقطة - وعليه - فان صدق على المال الموجود فى المملوك اللقطة بصدق الضياع عن مالكه عليه بان كان المملوك فندقا و شبهه تعين ترتيب آثار اللقطة والا فهو مجهول المالك ويلحقه حكمه وهو التصدق به بعد الفحص والياس عن العثور على مالكه .

---

(١) الوسائل - باب٥ - من كتاب اللقطة - حديث٣

(٢) الوسائل - باب ٩ - من كتاب اللقطة - حديث ١

والمصنف ره بعد ما حكم بان ما وجد في مملوك عرف المالك فان عرفه فهو له والا فللواجد قال **(وكذا ما يوجد في جوف الدابة)** اى يعرفه المالك او البايع وان لم يعرفه فهو للواجد - وهذا هو المعروف بين الاصحاب وعن التذكرة نسبته الى علمائنا - والاصل في ذلك صحيح (١) عبدالله بن جعفر كتبت الى الرجل عليه السلام أسأله عن رجل اشترى جزورا او بقرة للاضاحى فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم او دنانير او جوهرة لمن يكون ذلك فوقع عليه السلام عرفها البايع فان لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله اياه واطلاقه كالعبارة يقتضى عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره فما عن المختلف والروضة وغيرهما من انه في الاول لقطة - غير تام.

من يصح التقاطه

السادسة - في بيان الملتقط للمال - فالمشهور بين الاصحاب انه من له اهلية الاكتساب فلو التقطه الصبى او المجنون جاز - وعن بعضهم انه من له اهلية الحفظ - وفي الشرايع اعتبر فيه احد الامرين - وعن بعض اعتبار الامرين معا.

توضيح ذلك ان في اللقطة معنى الولاية و الامانة في الابتداء بالنسبة الى حفظها وتعريفها ومعنى الاكتساب في الانتهاء بالنسبة الى تملكها - وعليه فمنهم من غلب فيها معنى الاكتساب فمنع من التقاط من ليس له اهلية الاكتساب وان كان اهلا للحفظ و جوز التقاط من له اهلية الاكتساب فيجوز التقاط الصبى والمجنون والكافر والفاسق ولم يجوز التقاط العبد - ومنهم من عكس فجوز التقاط العبد ومنع من التقاط الصبى والمجنون ومنهم من اكتفى باحد الامرين فجوز التقاط الصبى - ومنهم من اعتبر الامرين فلم يجوز التقاط واحد منهم (والحق) ان يقال ان اعتبار الامانة في الملتقط وكونه اهلا للايتمان لاوجه له اصلا اذ ليس في النصوص ما يشهد بذلك - وهو وان كان امينا شرعا بمعنى ان الشارع اذن له في الاخذ والحفظ و لكن لايكون ذلك مقيدا بكونه محلا للامانة

---

(١) الوسائل - باب ٩ من كتاب اللقطة حديث ١

فالتقاط الكافر الاهل للاكتساب لااشكال فيه - واما العبد فلايهمنا التعرض لحكمه واما الصبي فان اريد بجواز التقاطه جواز اخذه فهو من الواضحات ثم بعد الاخذ صدق عنوان اللقطة على ما اخذه قهري - فيبقى احكامها - منها جواز التملك مقتضى حديث(١) رفع القلم وغيره عدم جوازه مستقلا والجواز باذن الولي وليس في نصوص اللقطة ما يشهد باعتبار الاستقلال في التملك وكذا الصدقة - واما التعريف فله حكمان احدهما الوجوب وهو مرفوع عن الصبي - و الاخر شرطيته للتملك او الصدقة بعد السنة وهي غير متوقفة على بلوغ الملتقط واما الحفظ فله ايضاً حكمان الوجوب - وصيرورة تركه موجبا للضمان - اما الاول فهو مرفوع عن الصبي واما الثاني فقدمر في محله ان الضمان من الاحكام التي لا ترتفع بحديث الرفع - وبه يظهر حال المجنون - فالمتحصل مما ذكرناه انه لا ينبغي الاشكال في جواز التقاط الصبي والمجنون كالتقاط غيرهما من المكلفين غاية الامر (**يتولى الولي**) الصدقة او التملك بعد(**التعريف اذا التقطه الطفل او المجنون**) او ياذن لهما في ذلك ان كانا قابلين له بالتمييز - وهل يعتبر تولي الولي التعريف كما هو صريح المتن والشرايع والنافع وغيرها ام لا - الظاهر هو الثاني فان التعريف وان كان وجوبه مرفوعاً عن الصبي ولكن ليس مما يعتبر في وجوده التكليف وهو نظير الغسل الموجب لحصول الطهارة - وكذلك الحفظ - (**ويكفي تعريف العبد في تملك المولى**)

كيفية التعريف

السابعة - في كيفية التعريف لا خلاف ولا اشكال في انه يعتبر التعريف سنة كاملة وقد مر ما يشهد به واما خبر (٢) ابان اصبت يوما ثلثين دينارا فسالت ابا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال اين اصبته قال قلت له كنت منصرفا الى منزلي فاصبتها فقال صر الى المكان

---

(١) الوسائل - باب ٤ - من ابواب مقدمة العبادات حديث - ١١ وباب ٣٦ من ابواب القصاص في النفس حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب اللقطة حديث ٧

الذی اصبت فیه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة ایام فاعطه ایاه والا تصدق به فمطروح أومحمول علی غیر الملقطة او علی حصول الیاس بذلک او غیر ذلک من المحامل وقدمر انه واجب وان لم ینو التملک (و) لاخلاف ایضا فی ان (له ان یعرف بنفسه وان یستنیب) وفی الجواهر بل الاجماع بقسمیه علیه وفی المسالک لما کان الغرض من التعریف اظهار اللقطة و اشاعة خبرها لیظهر مالکها لم یتعلق غرض الشارع فیه بمباشر معین فیجوز ان یتولاه الملتقط ومن ینوب عنه من غلام وولد ومن یستعیر به و من یستاجره علیه وهو موضع وفاق ـ فالمستند فی مقابل ظهور النصوص فی اعتبار المباشرة کما فی سایر التکالیف ـ الاجماع ـ و السیرة ـ ومناسبة الحکم الموضوع التی هی قرینة علی ارادة الاعم .

وفی المتن (ولا یشترط فیه التوالی) وقریب من هذه العبارة ماعن الشیخ وفی الشرایع وعن غیرهم ـ والمراد به ان کان عدم اعتبار استیعاب الحول بالتعریف فهو اجماعی ویشهد به صدق التعریف سنة بدونه وان کان المراد به ما صرح به جماعة منهم الشهید الثانی من عدم اعتبار توالی الشهور بان یجوز له ان یعرف شهرین ویترک شهرین وهکذا حتی یتم له اثنی عشر شهرا ـ وعن التذکرة تشبیهه بما لو نذر صوم سنة فانه یجوز له التوالی والتفریق ـ ففیه انه ان لم یکن اجماع یشکل ذلک فان المنساق من الامر بالعمل المستمر فی قطعة من الزمان اعتبار التوالی فیه (ثم انه) لابد فی الضابط فی تعریف السنة من الرجوع الی العرف کما هو الشان فی کل عنوان اخذ فی الموضوع ولم یبینه الشارع ـ وفی المسالک وقد اعتبر العلماء فیه ان یقع علی وجه لاینسی ان الثانی تکرار لما مضی ویتحقق ذلک بالتعریف فی الابتداء فی کل یوم مرة اومرتین ثم فی کل اسبوع ثم فی کل شهر کک ونحوه عن القواعد وغیرها ـ ثم لابد وان یقع التعریف فی وقت اجتماع الناس وبروزهم کالغدوات والعشیات وماشاکل وذلک مضافا الی وضوحه حیث ان التعریف انما هو لیطلع صاحبه فلابد وان یکون ذلک بمجمع من الناس ـ یشهد

به جملة من النصوص- ففي خبر(١) ابي خديجة فانه ينبغي ان يعرفها سنة في مجمع و في خبر (٢) سعيد بن عمرو الجعفي - اتق الله عزوجل وعرفه في المشاهد -و نحوهما غيرهما -

لا تدفع اللقطة بدون البينة

الثامنة المشهور انه لا تدفع اللقطة الى مدعيها- الا بما يثبت دعواه **(و لا يكفى الوصف** اجماعا اذا لم يورث ظنا **(بل لابد من البينة)** على القول بعدم حجية خبر الواحد العادل في الموضوعات لان الملتقط مكلف بايصاله الى مالكه ولا يثبت ذلك بدعواه المالكية -وحق القول في المقام انه تارة نقول بان الاصل سماع دعوى كل مدع لامعارض له كما يشهد به حديث(٣) الكيس - وخبر(٤) الطير - وغيرهما مما سياتي في كتاب القضاء من غير فرق بين كون المال تحت يد من هو مامور بايصاله الى مالكه وغيره - فلابد في المقام من البناء على الرد على مدعيها وان لم يات بالبينة ولم يكن له شاهد بل بمجرد عدم كونه منهما يرداليه(فان قيل) ان الاصحاب مجمعون على انها لا تدفع اليه بمجرد دعواه (قلنا) كلا فان الاكثر صرحوا بان التوصيف المفيد للظن سيما في الاموال الباطنة كالذهب والفضة يكون كافيا - واخرى لانقول بذلك - فان كان المدعى الواصف به ثقة تدفع اليه لحجية خبر الواحد الثقة في الموضوعات -وانما لا يكون حجة في خصوص باب الخصومات والقضاوة -وان لم يكن ثقة فان اوجب توصيفه العلم اوالاطمينان تدفع اليه و خبر (٥) سعيد بن عمر الجعفي الطويل المتضمن لتقرير مولينا الصادق عليه السلام ملتقط الدنانير

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من كتاب اللقطة حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ - من كتاب اللقطة حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٦ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٥ من كتاب اللقطة حديث ٢

(٥) الوسائل باب ٦ من كتاب اللقطة حديث ١

الدافع لها الى من وصفهامن دون بينة على ذلك -والنبوى(١) الذى امر فيه بحفظ عفاصها ووكاها وعددها شاهد ان به- و ان لم يوجب الاطمينان فلا تدفع اليه وان اوجب التوصيف الظن لانه لايغنى من الحق شيئا (ودعوى) ان مناط اغلب الشرعيات الظن فيلحق المقام به الحاقاله بالاعم الاغلب - وايضا انه يتعذر اقامة البينة فى الاغلب فلولاه لزم عدم وصولها الى مالكها كما فى الرياض (مندفعة) بان مناط اكثر الشرعيات الظنون الخاصة لامطلق الظن- ومجرد تعذر اقامة البينة لايكفى فى الحكم بحجية الظن الحاصل من التوصيف مالاتتم مقدمات الانسداد التى منها العلم بان الشارع الاقدس لايرضى بعدم وصولها الى مالكها حتى فى حال عدم العلم بكونه مالكا وهو كماترى -وبماذكرناه يظهر مافى كلمات القوم فى المقام.

التاسعة والملتقط امين لايضمن فى الحول وبعده لقطة ولالقيطا ولاضالة مالم يفرط او يتعدى بلاخلاف فى شيء من تلكم-وقد تقدم مدرك ذلك كله فى المباحث المتقدمة العاشرة ماوجده فى داره اوفى صندوقه -فان كان يشاركه فى التصرف فيهما غيره فهو لقطة - والافهوله بلاخلاف -ويشهد لهما صحيح (٢) جميل بن صالح قلت لابى عبدالله (ع) رجل وجد فى منزله دينارا قال يدخل منزله غيره قلت نعم كثير -قال هذه لقطة قلت فرجل وجد فى صندوقه دينارا قال يدخل احد يده فى صندوقه او يضع فيه شيئا قلت لاقال(ع) فهوله -وهذا الخبر يدل على ما اخترناه من ان يد الانسان نفسه امارة على الملكية-فانه مع مشاركة غيره لايكون تحت يده مستقلا-ومع الانحصار يكون تحت يده كما هو واضح.

الفصل العاشر فى الغصب

(وهو حرام عقلا) و شرعا - لان غصب مال الغير ظلم و قبح الظلم عقلى -

---

(١) التذكرة ج٢ ص ٦٢٤

(٢) الوسائل باب٣ من كتاب اللقطة حديث ٢

وبالملازمة بين الحكم العقلی بمعنی درك القبح و الحكم الشرعی يستفاد حرمته شرعا وهذا هو مراده من الحرمة العقلية والا فمن الواضح ان العقل ليس مشرعا كی يحكم بالحرمة - فان شأن القوة العاقلة الدرك لا التشريع - وللايات الكريمة و النصوص المتواترة الدالة علی حرمة الظلم - والنصوص الكثيرة الدالة علی حرمة الغصب خاصة وسيأتی طرف منها - وعلی الجملة فحرمة الغصب من الضروريات لا تحتاج الی اقامة الدليل عليها **(و يتحقق بالاستيلاء علی مال الغير ظلما و ان كان عقارا)** كما عن الاكثر - ويوافق ذلك ما صرح به اهل اللغة من ان الغصب اخذ الشیء ظلما فان المراد بالاخذ ليس هو القبض بالجارحة بل المراد به الاستيلاء علی الشیء - وحيث ان اكثر احكام هذا الفصل غير معلقة علی عنوان الغصب فلا يهم اطالة البحث فی ذلك والاولی صرف عنان الكلام الی تلكم الاحكام - وتنقيح القول فيها فی طی مسائل .

حرمة التصرف فی مال الغير بلا رضا صاحبه

الاولی لا اشكال فی انه يحرم التصرف فی مال الغير من دون رضاه - و يشهد به قوله عجل الله فرجه فی خبر(١) الاحتجاج لا يحل لاحد ان يتصرف فی مال غيره بغير اذنه. وقول الامام الصادق عليه السلام فی موثق (٢) سماعة فانه لا يحل دم امرؤ مسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه. وقوله صلی الله عليه وآله فی خبر(٣) تحف العقول ولا يحل لمؤمن مال اخيه الا عن طيب نفس منه . و قوله صلی الله عليه وآله فی خبر (٤) غوالی اللئالی المسلم اخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفسه - وقول الامام الرضا عليه السلام فی خبر(٥) محمد بن زيد الطبری فی جواب السؤال عن الاذن فی الخمس كتبه اليه - لا يحل مال الا من وجه احله الله

---

(١) الاحتجاج ص٢٦٧ عن الاسدی العمری عنه (ع) والوسائل باب ٣ من الانفال حديث ٦

(٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلی حديث ١-٣

(٤) المستدرك ج١- ص٢١٢

(٥) فروع الكافی ج١-ص٤٢٦- الوسائل باب ٤ من الانفال حديث ٢

تعالى فان الحل هو الاطلاق والارسال واذا اسند ذلك الى الاعيان الخارجية كمافى الروايات يراد به الترخيص فى الفعل وحيث لامعنى لحلية تكلم الا باعتبار ما يناسبها وفى المقام المناسب هو التصرف كما صرح به فى التوقيع الشريف فالمراد من الروايات ان الشارع الاقدس لم يرخص فى التصرف فى مال امرؤ الا بطيب نفسه - فلااشكال فى حرمة التصرف فيه من دون رضا صاحبه نعم لادليل على حرمة الانتفاع مالم يعد تصرفا بل الظاهر جوازه كما فى الاستضائة بنور الغير - والمتبع فى صدق التصرف هو العرف .

فى الضمان واسبابه

الثانية (ويضمن :) مجرد (**الاستقلال**) بالعقار باثبات اليد عليها والاستيلاء عليها وتسليم مفاتيحها من دون ان يزعج المالك ويخرجه منها - وذلك لحديث(١) على اليد ما اخذت حتى تؤدى وهو وان كان ضعيف السند الا انه لاعتماد الاصحاب عليه واستدلالهم به لامحال للمناقشة فى سنده - وانما المهم دفع ما اورد على الاستدلال به - وهو ان كلمة (على) ظاهرة فى الحكم التكليفى من جهة ان ظاهرها الاستعلاء والاستعلاء المعقول الحاصل فى التكليف اقرب الى المعنى الحقيقى مما يتصور بالنسبة الى الوضع - ويمكن الجواب عنه بوجوه (منها) ان حمله على ارادة التكليف منه مستلزم لجعل الظرف لغوا ويقدر يجب ونحوه بخلاف مالو حمل الحديث على الوضع كما لايخفى وهو خلاف الظاهر (ومنها) انه يستدعى تقدير فعل من الافعال من قبيل رده اوحفظه وهذا التقدير ايضاً خلاف الظاهر (ومنها) ان تقدير الرد ليدل الحديث على وجوب رد المال الى صاحبه لايناسب الغاية - اذ يكون مفاده ح انه يجب الرد الى ان يتحقق الرد فتكون الغاية تحديد اللموضوع وهو بعيد فى الغاية ولا يناسب ايضاً ارادة دفع البدل اذ مع امكان الغاية لايجب دفع البدل - ومع عدم امكانها الاغاية كى يفى بها فالمتعين

---

(١) سنن بيهقى ج٦ ص٩٠ كنز العمال ج٥ ص ٢٥٧ - الرقم ٥١٩٧

حمل الحديث على الوضع .

ثم الوضع المراد من الحديث هل هو بمعنى الضمان بالقوة وهو كون دركه عليه مع تلفه كما هو المنسوب الى المشهور ام هو بمعنى دخول الماخوذ فى العهدة ـ وللعهدة آثار تكليفية ووضعية من حفظه وادائه مع التمكن واداء بدله لو تلف كما اختاره بعض مشايخنا العظام و جهان (اقواهما) الثانى لان ماقبل الغاية من جهة كونه مغيا بالاداء لابد وان يكون امرا ثابتا فعليا مستمرا الى ان يتحقق الاداء وهذا ينطبق على الوجه الثانى واما على الاول فلاامر مستمر الى حال الاداء مالم يتلف .

ثم انه قد يقال ان الحديث مختص بالاستيلاء على الاعيان و لايشمل الاستيلاء على المنافع والاعمال ـ وحيث انه يترتب على ذلك آثار مهمة فى المسائل الاتية فلابد من تنقيحه ـ وقيل فى وجه الاختصاص امران (احدهما) ماافاده الشيخ الاعظم ره وهو عدم صدق الاخذ بالاضافة الى المنافع (و فيه) انه ليس المراد بالاخذ الاخذ بالجارحة الخاصة بل الاخذ كناية عن الاستيلاء على الشيء والتعبير عنه بالاخذ باليد من جهة كونه لازما غالبياله والاخذ بهذا المعنى يصدق بالاضافة الى المنافع اذ الاستيلاء على المنفعة انما يتحقق بالاستيلاء على العين وان لم يستوف المنفعة ولم تكن العين مضمونة فان المنفعة عبارة عن الحيثية القائمة بالعين الموجودة بوجودها على نحو وجود المقبول بوجود القابل ـ فمنفعة الدابة قابليتها للركوب ومنفعة الدار قابليتها لان يسكن فيها وهذه القابلية من مراتب وجود العين والاستيلاء على العين استيلاء عليها بجميع شئونها ومراتب وجودها ومنها القابلية للانتفاع (ثانيهما) ماافاده المحقق الاصفهانى ره وهو عدم صدق التادية فى المنافع فان ظاهر قوله حتى تؤدى كون عهدة الماخوذ مغياة باداء نفس الماخوذ والمنافع لتدرجها فى الوجود لااداء لها بعد اخذها فى حدذاتها (وفيه) ان الغاية فى الخبر ليس اداء شخص ماأخذ والا بقى الضمان فى صورة التلف واداء العوض لعدم تحقق اداء الشخص ـ بل المراد منها اعم من اداء الشخص واداء العوض غاية الامر بنحو الطولية فاذا كانت العين موجودة لايرتفع الضمان الا باداء شخصها و فى صورة التلف يرتفع باداء عوضها ـ والمنافع وان لم يمكن ردها ـ الا انه يمكن رد عوضها ـ هذا كله مضافا الى

انه يمكن ان يقال انه وان سلم اختصاص النبوى بالاعيان و عدم شموله للمنافع الا ان الاستيلاء على العين واخذها له احكام منها ضمان منافعها - فالمتحصل - ان الحديث يدل على ثبوت الضمان بمجرد الاستيلاء على مال الغير عينا ومنفعة.

حكم مالو سكن الدار مع المالك

(ولو سكن الدار قهرا مع المالك ضمن النصف) كما عن الشيخ - وجماعة ونسبه في المسالك الى الاكثر - وذهب المحقق في الشرايع الى عدم ضمان الاصل وان قال بعد نقل فتوى الشيخ وفيه تردد - وفي النافع ففي الضمان قولان قال في الرياض مبنيان على الاختلاف في تعريف الغصب بان المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن او الاستيلاء فيضمن .

والتحقيق ان يقال ان في المقام مسألتين - احداهما ضمان الاصل - الثانية ضمان المنفعة المستوفاة اما الاولى فقد عرفت ان عمدة وجه الضمان في موارد الغصب انما هو النبوي على اليد ما اخذت - وعرفت ان اليد كناية عن الاستيلاء وهو كما يكون بالاستيلاء على تمام الدار مستقلا كذلك يكون بالاستيلاء على النصف - ولذلك لاشبهة في ان يد الشخص على نصف الدار امارة للملكية اى ملكية النصف كما ان اليد على التمام امارة ملكية الجميع - وبالجملة صدق اليد على النصف كصدقها على الجميع لا ينكر - فهو يدل على الضمان صدق عنوان الغصب ام لم يصدق - مع انه قد عرفت ان حقيقة الغصب ايضا هي الاستيلاء بلا اعتبار الاستقلال فيه - فعلى ذلك لا يبقى شك في ضمان الاصل - ثم على تقدير الضمان انما يضمن بمقدار ما يكون الدار تحت يده فلو كان يده على النصف ضمن النصف ولو كان على الثلث كما لو كان المالك اثنين ساكنين في الدار وسكن الغاصب معهما قهرا ضمن الثلث - وكذا لو كان على الربع كما لو كان المالك ثلاثا ضمن الربع وهكذا فاطلاق المتن وعبائر الجماعة بانه يضمن النصف منزل على ما هو المفروض في كلماتهم من كون المالك واحدا -

ضمان المنفعة المستوفاة

واما المسألة الثانية - فالكلام فيها فى موردين الاول فى الدليل على الضمان الثانى فيما استدل به على عدم الضمان .

اما الاول - فيمكن ان يستدل له بوجوه -١- عموم على اليد - بناء على ما تقدم من ان اليد على المنافع انما تكون بتبع اليد على الاعيان - وان الحديث يدل على الضمان -٢- الرواية(١) الشريفة الواردة فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشترى الدالة على انه ياخذ الرجل ولده بالقيمة و ياخذ الجارية صاحبها بتقريب انها تدل على ضمان المنفعة التى لم يستوفها المشترى فتدل بالاولوية على ضمان المستوفاة -٣- صحيح(٢) ابى ولاد الاتى الدال على ضمان منفعة المغصوب المستوفاة - قال(ع) ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه - ٤ -قاعدة من اتلف المستفادة من النصوص الواردة فى موارد خاصة - جملة منها واردة فى موارد العقود الاستيمانية كالوكالة والمضاربة والرهن وغيرها - فانه حكم فيها بالضمان مع التعدى والتفريط - وجملة منها فى غيرها - مثل ماورد (٣) فى القصار يخرق الثوب الدال على انه ضامن بما جنت به يده وغيره (ودعوى) عدم صدق المال على المنفعة (مندفعة) بما مر من ان المالية لاتكون من المقولات الخارجية بل هى متقومة برغبة الناس فى الشيء رغبة عقلائية ولذا يكون الكلى فى الذمة مالا - وعمل العبد مالا - وكذا عمل الحر بعد وقوع المعاوضة عليه - واما قاعده احترام مال المسلم - ونفى الضرر فسيمر عليك فى بعض المباحث الاتية انه لا يصح الاستدلال بهما على الضمان .

---

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب حديث ١

(٣) الوسائل- باب ٢٩ من الاجارة

و اما الثانى فقد استدل على عدم الضمان بوجوه-١ - النبوى (١) المرسل الخراج بالضمان - بتقريب انه يدل على انمن ضمن شيئا وتقبله لنفسه فخراجه اى منافعه له مجانا (اقول) تنقيح القول فى النبوى بعد تسليم قوة سنده لعمل قدماء اصحابنا به مع انه محل نظر فانه وان استدل به شيخ الطائفة فى جملة من الموارد فى محكى مبسوطه والمصنف ره فى باب الغصب من التذكرة الى ان هذا المقدار لا يكفى فى جبر ضعف السند - وبعد تسليم ان ماذكره المصنف من اختصاص النبوى بالبيع - انما هو اجتهاد منه فى تطبيقه على البيع-ان فيه احتمالات (احدها) ان المراد بالضمان المعنى الاسم المصدرى وكونه بمعنى التعهد المالى فيكون مفاد الخبر ان المنافع لمن هو ضامن للعين و ان كان ضمانه قهراعليه كما فهمه ابوحنيفة (ثانيهما) ان المراد بالضمان هو المعنى المصدرى اى احداث الضمان امضاه الشارع ام لا فيكون مفاده ان المنافع لمن اقدم على الضمان فيشمل العقود المعارضية صحيحة كانت ام فاسدة ولا يشمل موارد عدم اقدام الشخص على الضمان كمافى الغصب وهوالذى فهمه ابوحمزة وجعله مدركا لعدم ضمان المنافع فى المقبوض بالعقد الفاسد (ثالثها) ان المراد بالضمان المعنى المصدرى مع امضاء الشارع له فيختص الخبر بالعقود المعاوضية الصحيحة - و الظاهر انه الذى فهمه المشهور منه (رابعها) ان المراد به كون تلف العين مملوكة للشخص يعنى ان المنافع تكون لمن كانت العين ملكه بحيث لو تلفت تلفت من ملكه و هو الذى فهمه شيخ الطائفة من الخبر فيكون مفاده تبعية ملكية المنافع لملكية العين فيكون اجنبيا عن المقام(خامسها)ان المراد بالضمان احد المعان الثلاثة الاول و لكن مع كون المراد به ضمان المنفعة لا العين فيكون مفاده ان المنافع تملك بلا ملك للعين فيدل على صحة الاجارة (سادسها) ان المراد به ضمان الارض والمراد بالخراج الضريبة المعينة للاراضى الخراجية فيكون مفاده

---

(١) راجع صحيح الترمذى ج٥ ص٢٨٥ -وسنن ابى داود ج٢-ص٢٥٥ - و غيرهما من كتب العامة .

ان الخراج يثبت فى عهدة ضامن الارض ومتقبلها (سابعها) ان المراد به ضمان التكفل فيكون مفاد الخبر ان فائدة العين انما تكون بازاء دخول العين فى كفالة مالكها بحيث لو كان حيوانا لكان عليه نفقته وحفظه واصلاحه .

اما الاحتمال الاخير فيدفعه ان ملكية المنفعة انما تكون تابعة لملك العين لالكونها فى كفالته -مع- انه يختص الخبر ح بالحيوان ولايشمل غيره (واما) الاحتمال السادس فهو خلاف اطلاقه - فان حذف المتعلق يفيد العموم (واما) الاحتمال الاول فيدفعه صحيح ابى ولاد الدال على ضمان المنافع زيادة على ضمان العين-واما الثانى فيدفعه انه مع عدم امضاء الشارع لاتحقق حقيقة لاحداث الضمان- مع انه يلزم منه ح ضمان المالك للمنافع بعد العقد الفاسد قبل التسليم -اضف اليه ان لازمه انه لو ضمن بشىء فى ضمن عقد صحيح كونه مالكا لمنافعه - واما الرابع فيدفعه ان المراد بالضمان هو مايراد به فى ساير موارد استعمالاته بل ساير موارد استعمال مشتقاته وهو التعهد المالى ففى العقود الصحيحة يكون هذا المعنى اى تعهد كل منهما مال صاحبه بتسبيب من المتعاقدين مع امضاء الشارع و فى العقود الفاسدة يكون ذلك بجعل من الشارع-وتمام الكلام فى محله -فيدور الامر بين الثالث و الخامس - والاظهر هو الاول منهما فان ظاهر القضية ان المنفعة انما تترتب على الضمان ترتب العلة الغائية لشىء عليه التى هى الداعية اليه ومعلوم ان الداعى للاقدام على الضمان فى العقود المعاوضية هى المنافع (فالمتحصل) انه لا يدل على عدم الضمان فى مـا هو محل البحث - و مع الاغماض عما ذكرناه لاجمال الخبر لا يستند اليه فى الحكم بعدم الضمان - فالمنفعة المستوفاة مضمونة .

(و) بما ذكرنـاه ظهر انه (**لو غصب الحامل ضمن الحمل**) لليد عليه بتبع اليد على الحامل -وللخبر المتقدم.

منع المالك من اخذماله

الثالثة(**ولو منع المالك من امساك الدابة المرسلة- او من القعود على بساطه**

لم يضمن) كما صرح به جماعة ـ وتنقيح القول في المقام يقتضى بيان امور (منها) ان عمل الحر مال اذ المالية من الامور الاعتبارية و تعتبر للشيء من جهة كونه مما يرغب ويميل اليه النوع او ان نظام الاجتماع يتوقف عليه ـ ومن المعلوم ان عمل الحر مال بهذا المعنى ـ غاية الامر لا يكون ملكا للعامل ولا لغيره الا بوقوع المعاوضة عليه فح يصير ملكا لمن جعل له (ومنها) ان الضمان لابد وان يكون لليد ـ او الاتلاف او الاستيفاء ومع عدم هذه الاسباب لاضمان.

و اما قاعدة لا ضرر التي يستدل بها في هذه المقامات كثيرا للضمان ـ فهي لا تصلح لاثباته فان غاية ما يمكن ان يقال في تقريب الاستدلال بها ان حكم الشارع بعدم الضمان ضرري على المالك او على من منع من العمل فينتفي بحديث (١) نفي الضرر فيحكم بالضمان (اقول) بعد تسليم مبنيين اللذين عليهما بنى الشيخ الاعظم في محله ـ وهما اساس الاستدلال في المقام (احدهما) ان المنفي بحديث لاضرر ليس خصوص الاحكام الوجودية المجعولة بل كل ماهو من الاسلام وجوديا كان او عدميا (ثانيهما) ان مداول الحديث نفي الحكم الناشي من قبله الضرر كان الضرر ناشئا من متعلقه ام كان ناشئاً من نفسه كلزوم البيع الغبني ـ انه لا يصح الاستدلال بالقاعدة في المقام من جهة ان حديث لاضرر انما يدل على نفي الحكم الناشي ـ من قبله الضرر وان الضرر يكون منفيا في عالم التشريع ولا يدل على تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعي فلو تضرر احد في تجارته مثلا لا يجب على المسلمين تدارك ضرره و هذا من الوضوح بمكان ـ وفي المقام اذا حكم الشارع بالضمان فانما يكون من جهة لزوم تدارك الضرر المفروض وجوده بالتلف لا من جهة نفي الضرر فالحديث لا يثبت ذلك ـ مع ان الحديث لو كان مثبتا للزوم التدارك لماكان وجه للزوم التدارك على شخص خاص لو لم ينتفع به ولا اتلفه فليكن سد ضرره من بيت المال ـ فالانصاف ان قاعدة نفي الضرر لا تفي باثبات المطلب .

---

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات حديث ٢ ـ وباب ١٧ من ابواب الخيار

قاعدة الاحترام

و منها انه قد يستدل على الضمان فى هذا الباب بقـاعدة احترام مال المسلم الثابتة بما دل (١) على انه لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه ـ وقوله (٢)(ص) حرمة ماله كحرمة دمه وقوله ﷺ (٣) لا يصلح ذهاب حق احد.

تقريب دلالة الاول على الضمان ان الحلال هو مالا تبعة له فاذا نسب الى الفعل كان معناه انه لا يعاقب عليه فيستفاد منه الحلية التكليفية ـ و اذا نسب الى المال كما فى المقام كان معناه مالا خسارة من قبله فمعنى لا يحل فى المقام انه مع عدم رضا المالك يكون المال مماله تبعة وخسارة وعوض (وفيه) اولا ان ظاهر هذا التركيب فى نفسه ارادة الحكم التكليفي وبقدر التصرف كما مر فى المسألة الاولى ـ و ثانيا ان حمل الحلية على الوضعية لايلائم مع حرف المجاوزة فى قوله الاعن طيب نفسه فان ظاهره صدور شيء عن الطيب فيكون ظاهره حلية التصرف عن الرضا ـ مع انه لو تم دلالته على الضمان يكون مختصا بالمنافع المستوفاة ولا يدل على الضمان فى المنافع غير المستوفاة والعمل.

واما حديث حرمة ماله كحرمة دمه فتقريب الاستدلال به ان الحرمة انما نسبت الى المال وظاهر ذلك ارادة احترام المال من حيث انه مال واحترامه كك انما يكون بالمعاملة معه معاملة ماله مالية يتداركها فعدم تدارك ماليته معناه معاملة الهدر معه فرعايته ماليته برده اورد عوضه لو تلف (وفيه) اولا ان ظاهره ولو بقرينة السياق ارادة الحرمة التكليفية منه فان قبله هكذا سباب المؤمن فسوق وقتاله كفر واكل لحمه معصية

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى حديث ١ ـ و ٣ ـ المستدرك ج ١ ـ ص ٢١٢ والوسائل باب ١ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٣ ـ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٣

(٣) الوسائل باب ٤٠ من ابواب الشهادات حديث ١ و ٤

فيكون المراد من حرمة ماله بواسطة تنظيره بحرمة دمه شدة العقوبة المعبر عنها بالكفر
وثانيا انه لا يشمل المنافع غير المستوفاة والعمل غير العائد نفعه اليه ـ وثالثا ان الظاهر منه من جهة اضافة المال الى المؤمن ارادة رعاية مالكيته وهى لا تقتضى ازيد من عدم التصرف فيه بلا رضاه لا تداركه لو تلف .

واما حديث لا يصلح ذهاب حق احد فلا يدل على الضمان لان الكلام انما هو فى ثبوت الحق فى المقام والحكم لا يصلح لاثبات موضوعه (فالمتحصل) ان قاعدة الاحترام ايضا لا تثبت الضمان:

ومنها ـ ان الاتلاف المضمن اعم من اعدام الموجود و المنع من الوجود

اذا عرفت هذه الامور فاعلم انه فى الفرع الاول يمكن القول بالضمان اى ضمان الاصل لو تلفت الدابة ـ وضمان منفعتها الفائتة ـ اما الاول فلانه يصدق انه بمنع المالك من امساك الدابة اتلفها عليه ـ فمقتضى قاعدة الاتلاف هو الضمان ـ وبه يظهر وجه ضمان منفعتها فان منع المالك من امساك الدابة كحبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا و ما قيل فى وجه عدم ضمان المنفعة غير المستوفاة سيظهر فى بعض المباحث الاتية عدم تماميته ـ وان الحق ضمانها (واما) فى الفرع الثانى فكما افاده الاظهر عدم الضمان لان عمل الحر ليس ملكا له كى يشمله قاعدة من اتلف مال الغير ـ والفرض انه ليس تحت اليد ـ ولا استوفاه ـ وقاعدتا لا ضرر ـ والاحترام ـ لا تدل ان على الضمان فلا موجب للضمان والاصل عدمه . وسياتى تمام الكلام فيه

تعاقب الايدى

الرابعة **(ولو غصب)** غاصب **من الغاصب تخير المالك فى الاستيفاء ممن شاء)** لان المال و قع تحت يد كل منهما فموجب الضمان بالنسبة الى كل منهما متحقق ـ فيكون المال فى عهدة كل منهما لا بمعنى انه لو تلف ثبت الضمان على كل منهما مستقلا توضيح ذلك انه قد عرفت ان معنى الضمان هو التعهد المالى ـ وان المال فى غير العقود

الصحيحة من موارد الضمان يكون في عهدة من وضع يده عليه فاذا فرض تعدد الايدى تكون العين الواحدة في عهدة كل من اصحابها - ولكن حيث ان معنى كون شيء واحد في عهدات متعددة خروج كل منهم عن عهدته ومن المعلوم ان الشيء الواحد ليس له الاتدارك واحد - كان لازم ذلك تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن عهدته ومع التلف يستحق على واحد منهم البدل على البدل - فاذا استوفا العين من احدهم سقط عهدة الباقين .

ثم ان قرار الضمان انما يكون على من تلف المال في يده - واجمال وجهه ان الغاصب الاول وضع يده على مال الغير فنفس العين يثبت في عهدته و الغاصب الثانى وضع يده على ماثبت في عهدة الغير فهو يضمن المال المتصف بهذا الوصف و يثبت العين بهذه الخصوصية في ذمته فاذا تلف المال وادى الغاصب الاول عوضه فله ان يرجع الى الغاصب الثانى فان ذلك لازم ضمانه للمال الذى له بدل . الذى مرجعه الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل - فعليه ان يدفع الى الاول و يكون ما يدفعه اليه تداركا لما استقر تداركه في ذمة الاول - و به يظهر و جه عدم رجوع الثانى الى الاول لوادى العوض المالك و قدمر تفصيل القول فيه وفي الاشكالات الواردة ونقدها والفروع المتفرعة في كتاب البيع في الجزء الثالث عشر من هذا الشرح و انما الغرض في المقام الاشارة الى ماهو الوجه في ذلك .

عدم ثبوت الغصب فيماليس بمال كالحر

الخامس **(و)** لايثبت الغصب في ماليس بمال كالحر و **(لايضمن الحر)** بالاستيلاء عليه عينا أومنفعة لعدم صدق الغصب ولا ينطبق عليه شيء من قواعد باب الضمان - من اليد - والاتلاف - والاستيفاء كما مر - نعم لواصابه تلف من قبل الغاصب من نحو الجناية على نفسه اوطرفه ضمنه اجماعا كما ياتى في كتاب الديات (ثم ان) عدم الضمان في غير هذه الصورة اجماعى في الكبير مطلقا والصغير اذا كان تلفه بالموت الطبيعى - ولو كان التلف لابسبب الغاصب ولامن قبل الله تعالى كالموت بلذع الحية او افتراس السبع ونحو ذلك ففيه قولان - احدهما الضمان - واليه اشار المصنف ره بقوله -

(الاان یکون صغیرا) وعن الشیخ فی المبسوط والمصنف فی المختلف و الشهید فی الدروس وغیرهم فی غیرها اختیاره ـ واستدل له بانه سبب الاتلاف وان الصغیر لایستطیع دفع المهلکات عن نفسه وعروضها . وبخبر (١) وهب عن جعفر عن ابیه علیهما السلام ان علیا علیه السلام کان یقول من استعار عبدا مملوکا لقوم فعیب فهوضا من ومن استعار حرا صغیرا فعیب ضمن بناء علی ان الاستعارة اهون من الغصب ـ واورد علی الاول فی محکی التذکرة بقوله ان تعلیلهم المشار الیه غیر صالح للحجیة وتخصیص اصالة البرائة لقطعیته ـ وعلی الثانی ـ بانه ضعیف السند غیر معمول به علی اطلاقه ـ ولذا ذهب جماعة الی عدم الضمان (اقول) ان هذه المسألة لابدوان تعنون فی کتاب الدیات فی مباحث الجنایات وغیر مربوطة بمسائل الغصب لان الحر لایتعلق به الغصب ـ و الحق فیها انه بین اخذ الغاصب للحر کبیرا کان اوصغیرا ان لم یکن فعل فاعل مختار فاصلة ضمن ـ والافلا وتمام الکلام موکول الی محله .

(و) کذالایضمن **(اجرة الصانع لو منعه عنها)** ان لم یکن اجیرا والا فیضمن **(و)** کذا یضمن **(لو استعمله فعلیه اجرة عمله)** کما مر الکلام فی جمیع تلکم مفصلا فی کتاب الاجـارة **(و)** مما ذکرناه فی المسائل المتقدمة ظهر انه **(لو ازال القید عن العبد المجنون او الفرس)** و نحوه فشرد **(ضمن)** واما **(لوفتح بابا فسرق غیره المتاع)** فلااشکال فی انه **(یضمن السارق)** انما الکلام فی ضمان من فتح الباب وعدمه ـ فالمشهور بین الاصحاب هو الثانی وعن جماعة ضمانه ـ و استدل للاول باقوائیة المباشر من السبب ـ و للثانی فی الریاض بحدیث (٢) نفی الضرر ولکن القوة لاتدفع الضمان عن ذی السبب ان وجد مایقتضی ضمانه ـ وحدیث نفی الضرر قد مر عدم دلالته علی الضمان (والحق) ان یقال انه حیث لاید هنا للسبب علی المال ولااستیفاء فلو کان هناك ضمان ـ فانما هو من جهة قاعدة الاتلاف ولااشکال فی

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب کتاب العاریة حدیث ١١ ـ
(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخیار کتاب التجارة

صدق التلف على السرقة كمايشهد به خبر(١) عقبة بن خالد فى تلف المبيع قبل قبضه حيث جعل فيه سرقة المتاع من التلف - وعليه - فحيث ان الموجب للسرقة والجزء الاخير لها هو فتح الباب اذ لو لم يفتح لما تمكن من السرقة فيصدق على فتح الباب انه اتلاف للمال فيشمله قاعدة من اتلف - وبالجملة - فتح الباب يعد عرفا اتلافا للمال ان تعقبه سرقة المتاع فيوجب الضمان هذا غاية مايمكن ان يقال فى وجه الضمان ومع ذلك فى النفس منه شىء - سيما وقد ادعى الاجماع على عدم الضمان فى المقام فى كثير من الكلمات .

ضمان الخمر و الخنزير

الخامسة - قالوا (**و يضمن الخمر و الخنزير للذمى بقيمتهما عندهم مع الاستتار لا للمسلم**) و تنقيح القول فى المقام بالبحث فى موردين - الاول فى الخمر - الثانى فى الخنزير - اما الاول - فتارة نقول ان الخمر مال وتملك كما هو الحق لان لها منفعة محللة و هى جعلها خلا والانتفاع بها - و لان جواز شرب الذمى اياها منفعة محللة توجب صيرورتها مالا - ولموثق (٢) ابن ابى عمير عن جميل قال قلت لابى عبدالله عليه السلام يكون لى على الرجل الدراهم فيعطينى بها خمرا فقال عليه السلام خذها ثم افسدها - ولا ينافيه مادل من النصوص على عدم جواز بيعها فانه يكون الاعطاء فى الخبر بعنوان اداء الدين لا بعنوان البيع فلا وجه لما فى مكاسب الشيخ الاعظم من ان المراد بالخبر اما اخذ الخمر مجانا ثم تخليلها أو اخذها و تخليلها لصاحبها ثم اخذ الخل وفاء للدين بعد كون كل منهما خلاف الظاهر وعليه فلا اشكال فى انه لو اتلفها متلف - أو تلف تحت يده العادية يكون ضامنا لعموم على اليد - وقاعدة من اتلف بعد عدم ورود مخصص عليهما بالنسبة اليها - و اخرى نقول بانها لا تملك وان غاية مايدل عليه الوجهان الاولان كونها مالا لا ملكا والخبر

---

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الخيار -

(٢) الوسائل - باب ٣١ - من ابواب الاشربة المحرمة حديث ٦

محمول علی ماافاده الشیخ قده اوغیره ـ فان بنینا علی انهامال کماهو الصحیح فحیث ان الا ظهر ثبوت حق الا ختصاص بالنسبة الیها لمن هی تحت یده من جهة الحیازة او کون اصلها له لان علیه بناء العرف و العقلاء ولم یرد من الشارع الاقدس نهی عن ذلك بل لایبعد دعوی سیرة المتشرعة علیه سیرة مستمرة الی زمان المعصوم علیه السلام فثبوت الضمان لاکلام فیه لعموم علی الید ـ وقاعدة الاتلاف ـ والاجماع ـ ولعله الی ذلك نظر الاسکافی حیث قال انه یحکم له بقیمتها خلالان له حق الیدفکان علیه الضمان ـ وعلی التقدیرین لافرق بین کونها للمسلم اوللذمی ـ وثالثة نقول انهالیست بمال من جهة انه لایجوز شرب الذمی ایاها بل غایة ماثبت بالدلیل انه لواستتر بالشرب لایحد او انه لایکفی فی انتزاع المالیة ذلك ولا القابلیة لان تصیر خلا ـ فالظاهر عدم الضمان فانه بلحاظ المالیة من غیر فرق علی هذا ایضا بین کونها للذمی اوالمسلم.

واما الثانی فقد مر فی الجزء الحاد یعشر من هذا الشرح ان مقتضی الجمع بین النصوص (١) المختلفة الواردة فی الخنزیر هو جواز بیعه للذمی و عدم جواز بیع المسلم و ذلك بضمیمة مامر من جواز اکل الذمی لحمه ـ وان له غیر الا کل منافع محللة اخروهی الا نتفاع بجلده وشعره بل بلحمه فی غیر الاکل کاف فی البناء علی انه مال وملك سیما وقددل الدلیل (٢) علی جواز بیع شعره مطلقا ـ و علیه ـ فلو اتلفه متلف اوتلف تحت یده العادیة یکون ضامنا ـ فالمتحصل ـ مما ذکرناه ان الاظهر هو الضمان ولو کان الخمر و الخنزیر للمسلم نعم لابد من تقویمهما علی الغاء جهة اکل المسلم وشربه ایاهما او الغاء الجهتین مطلقا و بهذا الاعتبار ینقص قیمتها هذا ما یقتضیه القواعد فان ثبت اجماع علی خلافه فهوالمتبع.

وجوب رد المغصوب الی مالکه

السادسة لاخلاف (و) لااشکال فی انه (**یجب رد المغصوب**) علی مالکه مادامت

(١ـ٢) الوسائل باب ٥٧ و ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من ابواب مایکتسب به.

العين باقية - ويشهد به مضافا الى مادل على وجوب رد المال الى صاحبه مطلقا - كموثق (١) سماعة عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله من كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امرأ مسلم و لا ماله الا بطيب نفسه منه فان اطلاق التعليل سيما وهو مذكور لوجوب رد الامانة يشمل الامساك على مال الغير - والنصوص المتقدمة الدالة على عدم جواز التصرف في مال الغير ومنه الامساك - والنصوص المتفرقة الواردة فى الابواب المتفرقة فى موارد الامانات المالكية والشرعية وغيرها - جملة من النصوص الخاصة - كخبر (٢) حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام اوذكر ما يختص بالامام الى ان قال وله صوافي الملوك ماكان فى ايديهم على غير وجه الغصب لان الغصب كله مردود - وما (٣) فى نهج البلاغة قال امير المؤمنين عليه السلام الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها - قال الرضى - ويروى (٤) هذا الكلام للنبى صلى الله عليه وآله - وخبر (٥) عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن ابى عبدالله عليه السلام عمن اخذ ارضا بغير حقها وبنى فيها قال عليه السلام يرفع بنائه و يسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثم قال قال (٦) رسول الله صلى الله عليه وآله من اخذ ارضا بغير حق كلف ان يحمل ترابها الى المحشر - ونحوها غيرها.

ثم ان المراد بالرد فى هذا الباب هو الاقباض و التسليم الى مالكه ولا يكفى التخلية بين المال وصاحبه كما فى باب الوديعة - اذ كما ان كون المال تحت سلطنة الغاصب واستيلائه فى غير محله فلا بد من ايصاله الى محله - كك كونه عنده خارجا يكون فى غير محله فلا بد من ايصاله اليه بالاقباض وخبر عبد العزيز ايضا يشهد به - بل لعل الظاهر من الرد والمفهوم عرفا منه ذلك (ثم انه) يجب الرد وان تعسر واستلزم ذهاب مال الغاصب كالخشبة المستدخلة فى البناء واللوح والسفينة والخيط

---

(١) الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١ - من كتاب الغصب - حديث ٣-٥-.

(٥-٦) الوسائل باب ٣ من كتاب الغصب حديث ١-٢

فی الثوب وماشاکل بلاخلاف فیه لاطلاق بعض مامر وصراحة آخر.

نعم فی خصوص مالو کان المغصوب بحیث لو ارید رده ازم منه عدم بقاء القیمة والمالیة له کالصبغ اذا صبغ ثوب به والجص فی البناء والخیط اذا خیط به الثوب وماشاکل اشکال واختلاف بین الاصحاب ـ وفیه اقوال ـ١ـ وجوب الرد مع رد تمام القیمة اختاره فی المسالك وغیرها ـ٢ ـ عدم وجوبه بل یجب رد القیمة خاصة اختاره المصنف ره ولعله المشهور ـ٣ـ صیرورة ذلك الشیء مشترکا بین الغاصب والمغضوب منه (والاظهر) عدم وجوب الرد والاکتفاء برد بدله ولا یستحق المالك ذاك الشیء ـ وذلك اذ الصبغ أو الخیط ـ أو الجص ـ یعد فی هذه الموارد تالفا فیکون الغاصب ضامنا للمثل ـ أو القیمة ویصیر ذلك ملکا للمغصوب منه بدلا عن ماله ـ واما المبدل منه فهو یخرج عن ملکه لوجوه ـ ١ ـ ان الملکیة من الاعتباریات والا عتبار انما یکون بلحاظ الاثر وبدونه لغو فلا یکون هناك اعتبار الملکیة ـ ٢ ـ ان اهل العرف یفهمون من الامر بدفع البدل حصول المعاوضة والمبادلة بین العینین وصیرورة کل منهما ملکا للاخر وبدلا منه ـ٣ـ ان مقتضی عنوان التدارك والغرامة ذلك اذ مع حکم الشارع بتدارك مالیته بتمامها بعنوان تدارك مافی العهدة وبعنوان انه اداء للمتعذر لامناص عن الالتزام بخروجه عن ملکه ـ وحیث ان کون المتعذر من المباحات الاصلیة لم یقل به احد فلابد من البناء علی صیرورته مالکا للضامن.

و محصل الکلام ان المال المغصوب تارة لا یرد الیه نقص برده الی مالکه واخری یلزم منه تلف مقدار من اوصافه موجب لنقص فی مالیته ـ وثالثة یوجب تلف العین عرفا بمعنی انه لایبقی له مالیه اذا ارید رده ـ اما القسم الاول فیجب رده وان تضرر الغاصب به ـ واما فی الثانی فیجب الرد مع ضمان النقص الحاصل ـ والیه اشار المصنف ره بقوله (**فان تعیب ضمن الارش**) اما وجوب رد العین فلمامر ـ واما وجوب الارش فلحدیث علی الید و قاعدة الاتلاف ـ واما فی القسم الثالث ـ فان کان المال المغصوب بحیث لایعد تالفا کمالو امتزج بمساویه فسیاتی حکمه عند تعرض المصنف ره له ـ وان کان یعد تالفا ـ کما فی الامثلة المتقدمة فیجب رد القیمة دون العین بل

هى تصير برد البدل ملكا للغاصب-واماما اشتهر من ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال-فلم اظفر بما يكون ماخذا صحيحا له كى يقال انه يقتضى وجوب رد العين مع رد القيمة -

بدل الحيلولة

ثم ان هيهنا قسمين آخرين - احدهما- ما اذا تعذر ايصال المال الى صاحبه ولم يكن بحيث يصدق عليه التالف -فهل يلزم على الغاصب دفع البدل-وهو المسمى عندهم ببدل الحيلولة - ام لا يجب ذلك- وتنقيح القول فيه فى جهات - الاولى -فى الدليل على الضمان بمعنى لزوم دفع البدل - وقد استدل له بوجوه -١-قاعدة(١) نفى الضرر بدعوى ان صبر المالك الى حين الوصول اليه ضرر عليه فجاز له الزام الغاصب بالبدل (وفيه) ان قاعدة نفى الضرر قد مر انها لاتصلح لاثبات الضمان -٢- قاعدة (٢) على اليد - بدعوى ان اداء العين كما يكون باداء بدلها عند تلفها يكون باداء بدل الحيلولة (وفيه) ان مفاد حديث على اليد ان كان هو اشتغال الذمة بالقيمة عند التلف فعدم دلالته على الضمان ببدل الحيلولة واضح -وان كان مفاده بقاء العين فى العهدة الى حين الخروج عنها فهو انما يدل على لزوم اداء العين مادامت موجودة وتدارك ماليتها باداء حصة مماثلة لها بعد التلف - وبعبارة اخرى-مادامت موجودة لايكون اداء بدل الحيلولة اداء لها ولذا لاتخرج عن ملك مالكها ولو كان ذلك اداء لها كان اللازم خروجها عن ملكه فتدبر -٣ - ان فى ادائه جمعا بين الحقين بعد فرض رجوع البدل الى الضامن لو ارتفع التعذر (وفيه) ان الحق الثابت للمالك انما هو بالاضافة الى العين نفسها لابدلها مع بقائها مع انه على فرض التنزل يمكن الجمع بين الحقين بوجه آخر وهو الزام الغاصب بالشراء بل هذا الجمع اولى كما لا يخفى-٤-قاعدة(٣) السلطنة

---

(١) الوسائل- باب ١٢ من احياء الموات و باب ١٧ من ابواب الخيار

(٢) كنز العمال ج٥ ص ٢٥٧ و سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠

(٣) البحار ج١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج٢ ص٢٧٢ الطبع الحديث

اما بدعوى السلطنة على مطالبة العين للتوسل بها الى مطالبة البدل واخذه - او بدعوى ان من شئون السلطنة على العين السلطنة على ماليتها - وبعبارة اخرى - للعين شئون ثلاثة - من جهة الشخصية - ومن حيث الطبيعية النوعية - ومن حيث المالية - وتعذر مطالبة الاولى لايمنع عن مطالبة غيرها - او بدعوى السلطنة على مطالبة السلطنة على الانتفاعات بماله (و فى الكل نظر) اما الاولى فلان السلطنة على مطالبة العين مع امكان ردها ثابتة و لازمها السعى فى ذلك بالسعى فى مقدماته لارد البدل - ومع عدم امكانه لاتكون ثابتة لعدم القدرة والامتناع بالاختيار وان كان لاينافى الاختيار الا انه عقاباً لاخطابا - و اما الثانية - فلان مالية العين القائمة بها اى تلك الحصة الخاصة من المالية يتعذر مطالبتها بتعذر مطالبة العين - والمالية القائمة ببدلها حصة اخرى من المالية ولم يثبت السلطنة على مطالبتها واما الثالثة فلان السلطنة على الانتفاعات بماله ساقطة للتعذر - ٥ - انه فوت سلطنة المالك واتلفها فيجب عليه تدارك ذلك (وفيه) انما للمالك نما هو الملك لا السلطنة بل هى من الاحكام المترتبة عليه فلا يتعلق بها الضمان ٦ - اطلاق النصوص المتقدمة (و فيه) انها ظاهرة اومنصرفة الى صورة صدق التلف عرفا - ٧ - الاجماع - وهو كما ترى - فالمتحصل انه لادليل على بدل الحيلولة كما اعترف به جمع من المحققين - نعم - بما ان الغاصب فوت منافع العين على المالك يكون ضامنا للمنافع - وقد مر ان المنافع غير المستوفاة ايضا مضمونة - لحديث على اليد - وقاعدة الاتلاف .

مورد بدل الحيلولة

الجهة الثانية فى بيان مورد بدل الحيلولة - فاعلم انه اذا تمكن الغاصب من رد العين ولكنه لم يردها بل حال بين المال ومالكه ليس هناك بدل الحيلولة - بل يكون الغاصب مكلفا برد العين - كما انه اذا تلفت العين او تلف جميع الانتفاعات فى جميع الازمنة خرجت بذلك عن الملكية كما لو انكسرت المرآت - وليس مورد بدل الحيلولة كما انه ليس مورده مالو تلف بعض الانتفاعات فى جميع الازمنة كما لو صار الحيوان الذى يطلب ظهره موطوئا فانه لم يتلف منه الا الانتفاع به دائما فى بلد الوطء لا

فى ساير البلاد (بل) مورده ما اذا تلف جميع الانتفاعات فى بعض الازمنة لعدم تمكن الضامن من الرد (ثم ان) مورده ما اذا كان التعذر لعارض خارجى. واما اذا كان ذلك من جهة ان رد العين مستلزم لخروجها عن المالية كالخيط المغصوب الذى خيط به الثوب اذ قد يكون اخراجه من الثوب موجبا لتلفه - فلا يكون موردا له. و بذلك ظهر ما فى استدلال صاحب الجواهر لوجوب البدل فى المثال بالحيلولة.

ثم انه لا يعتبر فيه سوى ما ذكر و عليه فصوره اربع - سوى الصورة الملحق فيها المال بالتلف - اذ ربما يرجى فيها التمكن من العين قريبا - وربما يرجى بعد مضى مدة طويلة - و على التقديرين اما ان يتعذر على الغاصب اعادة العين وانما يرجى ان تعود بنفسها كطائر اعتاد العود - واما ان لا يتعذر. وعلى القول بثبوت بدل الحيلولة ايثبت فى جميع هذه الصور ولا وجه لتخصيصه بما اذا كان يرجى التمكن بعد مدة طويلة. نعم - ذا كان زمان التعذر يسيرا جدا لا يكون مشمولا لما تقدم من الادلة.

الجهة الثالثة فى بيان ان التعذر الموضوع لهذا الحكم هل هو التعذر المسقط للتكليف برد العين الاعم منه ومن التعذر العرفى فيه وجهان - قد استدل للاول. باصالة عدم تسلط المالك على ازيد من الزامه برد العين الذى كان قبل التعذر خرج عن ذلك ما اذا تعذر بالتعذر المسقط للتكليف - وبانه مع عدم التعذر المسقط يكون مكلفا برد العين و لا يجتمع التكليف برد العين والبدل - وفيهما نظر - اما الاول - فلان الادلة التى اقاموها على ثبوت بدل الحيلولة مقتضى اطلاقها ثبوته فى مورد التعذر العرفى ايضا ومعه لا مورد للرجوع الى الاصل - واما الثانى - فلان مورد التكليف بالبدل زمان الاشتغال بالمقدمات ومورد التكليف برد العين هو زمان ما بعد المقدمات (ولكن) الحق فى المقام هو التفصيل بين كون زمان الاشتغال بالمقدمات قصيرا جدا فلا يكون ثابتا - وبين غيره فيثبت ولا يخفى وجهه (ثم ان) فى المقام جهات اخر من البحث - مثل انه هل يلزم المالك على اخذ البدل - وانه هل يصير البدل ملكا له ام هو مباح له التصرف فيه. وان العين هل تنتقل الى الغاصب ام لا - قد استوفينا البحث فيها فى كتاب البيع ولا يهمنا البحث فيها بعد عدم ثبوت الاصل.

حق الاولوية

القسم الثانی ـ مالوخرجت العين عن الملكية كمالوصارالخل المغصوب خمرافقد استشكل المصنف رہ فی محكی القواعدفی وجوب ردهامع القيمة ـ وعن الشهيدين والمحقق الثانی رہ وجوب الرد ـ والكلام فيمايضاف فی جهات ـ الاولی ـ فی بقاءحق الاولوية بعدزوال الملكية والظاهر ذلك (لالما) افاده المحقق النائينی رہ من ان الحق ليس امرامغايرا للملك بل هو من شئونه ومراتبه الضعيفة المندكة تحت القوی ـ لانه عبارة عن اضافة خاصة بين المستحق والمستحق عليه وهی حاصلة للمالك ومحفوظة فی جميع الحالات الواردة علی الملك (فانه) يرد عليه ان الملكية والحقية ـ من الاعتبارات الشرعية و العرفية لامن المقولات و الاعتبار لا اشتداد فيه ولا حركة ـ وكل من الملك و الحق اعتباری غير الاخر (ولا) لما قيل من ان حق الاولوية من آثار الملك فمع زواله غاية الامر يشك فی ارتفاعه فيستصحب (اذ) يرد عليه ان ماهو اثر الملك انما هو الحكم التكليفی من قبيل جواز التصرف فيه ونحوه وهو غير حق الاولوية (مع) ان لازم كونه اثر اله ارتفاعه بارتفاعه وعلی الجملة ـ حق الاولوية الذی هو اعتبار خاص ليس من اثار الملك (ولا) لما قيل من ان الدليل دل علی ان المالك احق بماله فيستفاد من ذلك كون حق الاولوية من مقارنات الملك ـ ولو شك فی زواله بارتفاع الملك يستصحب ذلك (اذ) يرد عليه ان ما دل عليه الدليل اولوية المالك بالتصرف فی ماله عن غيره وهذا غير ثبوت حق الاولوية (بل) لما مر ـ من السيرة العقلائية و بناء العقلاء علی ذلك وحيث انه لم يردع الشارع الاقدس عنه فيستكشف امضائه لذلك ويؤيده الاجماع عليه .

الجهة الثانية فی و جوب رده علی القول بثبوته و عدم انتقاله الی الغاصب الظاهر ذلك اذ كما يوجب رد المملوك الی مالكه ـ كك يجب رد ماهو متعلق الحق الی ذی الحق و لو شك فی و جوب رد متعلق الحق فهل يجری استصحاب و جوبه نظرا الی كون الملكية من الجهات التعليلية لوجوب الرد لا التقييدية ـ فالموضوع عند العرف يكون باقيا املا يجری لكونه من الجهات التقييدية ـ و جهان ـ

اظهرهما الاول .

الجهة الثالثة - فى انه مع فرض ثبوت هذا الحق - هل يكون ذلك للمالك او الغاصب - والاظهر هو الثانى لاقتضاء الغرامة ذلك ولبناء العقلاء عليه فالغاصب احق به من غيره

فى المثلى والقيمى

السابعة **(فان تعذر)** رد المغصوب اوتلف **(ضمن)** الغاصب **(مثله)** ان كان المغصوب مثليا بلا خلاف **(فان تعذر)** رد المثل **(فقيمة يوم المطالبة ولو لم يكن مثليا ضمنه باعلى القيم من حيث الغصب الى حين التلف على اشكال)** وتنقيح القول فى المقام بالبحث فى مواضع - الاول - فى تعريف المثلى والقيمى - وان لم يقع فى شىء من الروايات ولا فى معقد اجماع بحيث يكون من قبيل الاجماع على القاعدة - فالمشهور فى تفسير المثلى انه ما يتساوى اجزائه من حيث القيمة والمراد بالاجزاء - الجزئيات والافراد - والمراد بالتساوى التساوى من غير جهة الكم فمحصل المراد ان المثلى ما له مماثل فى الصورة و الصفات التى تختلف بها الرغبات و تتفاوت به القيم واظن - ان (ما) عن التحرير من تفسيره بما تماثلت اجزائه وتقاربت صفاته (وما) عن الدروس والروضة من انه المتساوى الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات (وما) عن بعضهم من انه ما يجوز بيعه سلما - (وما) عن آخر من انه ما يجوز بيع بعضه ببعض - ترجع الى هذا المعنى ولا اختلاف بينهم بحسب المراد ثم انه اورد على ذلك بايرادات ذكرناه مع اجوبتها فى كتاب البيع كما انه قد ذكرنا فى ذلك الكتاب ما هو مقتضى الاصل عند الشك فى المثلية والقيمية - و ما يقتضيه الادلة الاجتهادية عند الشك فيهما - وهى مسائل مهمة وفيها تحقيقات نافعة راجعها.

الثانى - لا خلاف بين الاصحاب فى ان ضمان المثلى انما هو بالمثل و القيمى بالقيمة واستفادة ذلك من الادلة انما هى من وجوه - ١ - ان مقتضى اطلاقات ادلة الضمان الواردة فى المغصوبات والامانات المفرط فيها وغير تلكم المقامية - ايكال ما يجب رده الى ما هو المتعارف عند الناس - ومن المعلوم ان المتعارف عندهم - رد العين مع بقائها - ورد ما هو الاقرب اليها بعد عدم امكان ردها والاقرب هو المثل لكونه

تداركا للمالية والخصوصيات الفائتة التى تختلف بها الرغبات - وفى صورة عدم امكان رده ايضا العدم المماثل يراعى ماهو الاقرب الى التالف بعد المثل وهو القيمة من الاثمان لان غيرها مشتمل على خصوصيات غير متمولة مغايرة لخصوصيات التالف و معلوم ان غير المشتمل على الخصوصيات المغايرة اقرب من المشتمل عليها - وفى المقام وجوه اخر ذكرناها فى كتاب البيع راجع - كما انه ذكرنا هناك جملة من الفروع من قبيل انه اذا لم يوجد المثل الا باكثر من ثمن المثل - ومالو سقط المثل عن المالية او نقصت قيمتها ونحوهما.

حكم مالو تعذر المثل فى المثلى

الثالث لو تعذر المثل فى المثلى - لاخلاف فى وجوب رد قيمته - لما بيناه - من ان الشيء اذا لم يكن مثله كثيرا مبذولا فهو قيمى من غير فرق بين التعذر فى جميع الاعصار او فى عصر واحد ومن باب الاتفاق فالمثلى المتعذر مثله قيمى فللمالك مطالبة القيمة لانها حقه - ولان للعين جهات ثلاثا - الخصوصية الشخصية - والخصوصية النوعية - والحيثية المالية - فمقتضى الادلة وجوب رد جميعها على الاخذ فكما انه اذا امتنع رد الخصوصية الشخصية لم يسقط وجوب رد الجهتين الاخيرتين كذلك اذا امتنع رد الخصوصية النوعية لم يكن وجه لسقوط الجهة الثالثة فيجب رد القيمة من هذه الجهة - ويعضدهما ان منع المالك ظلم والزام الضامن بالمثل منفى بالتعذر فيجب القيمة جمعا بين الحقين والاية الكريمة (١) «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» اذ الضامن اذا الزم بالقيمة مع تعذر المثل - لم يعتد عليه از يد مما اعتدى - وتفصيل الكلام فى ذلك كله موكول الى محله.

ثم انه وقع الخلاف بينهم - فى ان العبرة فى قيمة المثل المتعذر بقيمة اى يوم - والوجوه المحتملة التى بعضها اقوال حمسة عشر الان ما امكننا ذكر الوجه له عشرة - ومنشأ الخلاف الاختلاف فى امرين - احدهما - ان المدار فى القيمى على قيمة

---

(١) سورة البقرة آية ١٩٥

يوم الغصب ـ او قيمة يوم التلف ـ او اعلى القيم من يوم الاخذ الى يوم الدفع ـ اوالا على من يوم الاخذ الى يوم التلف ـ ثانيها ـ انه بناء على الا نتقال الى القيمة هل العين تصير قيمية ـ اوالقدر المشترك بينهما يكون قيميا ـ وحيث ان المختار عندنا فى القيميات ان العبرة انما هى بقيمة يوم الدفع ـ و عرفت آنفا ان العين المتعذر مثلها تصير قيمية ـ وعرفت سابقا انه فى موارد الضمان مطلقا تكون العين فى العهدة الى زمان الا داء ـ فلامحالة يكون المدار فى المثل المتعذر مثله على قيمة يوم الدفع واما ساير الاقوال و مداركها فمذكورة فى كتاب البيع مفصلا و ذكرنا هناك انه لافرق بين التعذر البدوى و الطارى ـ كما بينا الميزان فى معرفة قيمة المثل ـ والمراد من الاعوازوالتعذر .

ثم انه اذاكانت قيمة المثل فى بلد المطالبة مخالفة لقيمته فى بلد التلف ـ فهل الاعتبار ببلد المطالبة كمافى المتن ـ اوببلد التلف ـ او يتخير المالك فى التعيين ـ اويتخير الضامن فيه ـ وجوه اقول المسألة مبنية على مسألة مطالبة المثل مع عدم تعذره وقدبينا فى محله ان الاظهر جواز المطالبة فى كل مكان شاء المالك ـ وعليه فالعبرة فى المقام ببلد المطالبة (ثم انه) بعد ما عرفت من ان التالف اذا تعذر مثله يصير قيميا ـ يظهر انه لودفع القيمة فى المثل المتعذر مثله ثم تمكن من المثل لايعود المثل الى ذمته ـ

ضمان القيمى بالقيمة

الرابع ـ اتفقت كلماتهم على ان القيمى يضمن بالقيمة ـ وقدبينا سابقا ان الظاهر من حديث على اليد بقاء العين فى العهدة ولو بعد التلف ويكون دفع المثل اوالقيمة مسقطالها كما اختاره جمع من المحققين لكونه من مراتب رد العين ـ ولاينافيه النصوص الخاصة ـ الواردة فى رد القيمة ـ فانها طائفتان منها ـ مايدل على ان لواجد

المال الولاية على ان يبيعه عن صاحبه من نفسه ويبقى الثمن في الذمة ـ مثل ـ ما ورد(١) في الحيوان الملتقط ولقطة الطعام وما شاكل ـ ومنهما ما(٢) لا يستفاد منها ازيد من وجوب دفع القيمة حين الاداء وهذا يلائم مع كون العين في العهدة والمدرك لمسقطية رد القيمة ـ هو الاطلاق المقامي والاجماع كما مر في المثلي (ثم انه) اذا وجد المثل في القيمي فالمعروف بينهم كفاية رد القيمة ـ وعن الاسكافي والمحقق وجوب رد المثل ـ وظني انهما غير مخالفين للمشهور فان مورد كلامهما القرض ولا يبعد فيه دعوى ان المتعارف الشرط الضمني برد المثل ولو في بعض الصفات ـ ويؤيده ما ذكرناه تصريح المحقق في الباب ـ و في المقبوض بالعقد الفاسد بضمان القيمة. فمدعى عدم الخلاف في كفاية رد القيمة مع تعسر المثل غير مجازف و الاطلاق المقامي بالتقريب المتقدم شاهد به .

في تعيين القيمة

ثم انهم اختلفوا في ان المدار في القيمة ـ على قيمة يوم القبض كما عن الاكثر ام يوم التلف كما عن الشيخين واتباعهما بل عن الدروس نسبته الى الاكثر ـ ام يوم الدفع كما عن جمع من المحققين ـ او اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف كما في المتن ـ او اعلى القيم من يوم القبض الى يوم الدفع ـ ونخبة القول بالبحث في موردين ـ الاول ـ فيما يقتضيه القاعدة ـ الثاني في مقتضى النصوص الخاصة.

اما الاول فمقتضى القاعدة هو الثالث فان معنى الضمان كما مر كون المال في عهدته الى حين الاداء ومعنى ذلك وجوب تداركه ببدله عند الاداء حتى يكون عند الاداء اداء و تداركا له (ودعوى) ان الغاصب وضع يده على ماله مع قطع النظر عن الخصوصية الشخصية والصفات النوعية ـ مالية خاصة متقدرة بقدر مخصوص فوجب عليه رده بماله من الحيثيات اذا امكن الرد ـ وان لم يكن رد الخصوصية والصفات النوعية للتالف وجب

---

(١) الوسائل باب ١٣ و٢ و٢٣ من ابواب اللقطة

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب الغصب

رد تلك المالية المخصوصة الواقعة تحت اليد ـ ولا وجه لوجوب رد المراتب الاخر من الماليات فانها ماليات واردة على ما هو تحت العهدة لا ان العهدة واردة عليها ـ وقد استدل بها للقول الاول (مندفعة) بان المالية المنتزعة من رغبة الناس وميلهم لا تقع تحت اليد ولا تكون مضمونة كما مر ـ مع انه لو تم هذا الوجه لاقتضى كون المدار على اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف لان على اليد لا يختص بحدوث اليد بل يشمل بقائها ـ فكل زمان من ازمنة كون العين تحت اليد قد ازيلت فيه يد المالك فوجب ان يغرم اكثرها .

و اما الثاني فقد يقال ان النصوص الخاصة تدل على خلاف ذلك ـ منها ـ صحيح (١) ابي ولاد قال اكتريت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائيا بكذا و كذا وخرجت في طلب غريم فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما اتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته فظفرت به ورجعت الى الكوفة ـ الى ان قال ـ فاخبرت اباعبدالله عليه السلام فقال ارى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفة الى النيل ومثل كراء البغل من النيل الى بغداد ومثل كراء البغل من بغداد الى الكوفة وتوفيه اياه ـ قال قلت قد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال عليه السلام لا لانك غاصب فقلت ارأيت لو عطب البغل او نفق اليس كان يلزمني قال عليه السلام ـ نعم قيمة بغل يوم خالفته ـ قلت فان اصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال عليه السلام ـ عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه ـ قلت فمن يعرف ذلك قال انت وهو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك ـ أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك الحديث ـ ومحل الاستشهاد فيه فقرات ثلاث.

الاولى قوله عليه السلام ـ نعم قيمة بغل يوم خالفته ـ وقد استدل بها على ان المدار

---

(١) الوسائل باب ٧ من كتاب الغصب ـ حديث ١ ـ وباب ١٧ ـ من ابواب كتاب الاجارة حديث ١

على قيمة يوم الغصب ـ بان اليوم قيد للقيمة ـ لاضافة القيمة المضافة الى البغل اليه ثانيا ـ فيكون المعنى قيمة يوم المخالفة للبغل ـ اولجعل اليوم قيدا للاختصاص الحاصل من اضافة القيمة الى البغل (اقول) يرد على الوجه الاول انه ان اريد بذلك اضافة المضاف نفسه اليه ثانيا ففيه انه لايصح اضافة الشىء الواحد الى شيئين مرتين وبعبارة اخرى المضاف الى شىء لايضاف ثانيا ـ و ان اريد به اضافة المجموع من المضاف والمضاف اليه ففيه ان المجموع لتضمنه النسبة الاضافية التى هى من الحروف لايضاف اذ المعنى الحرفى لايقع ظرفا ـ و بعبارة اخرى الاضافة من خواص الاسم والحرف لايضاف ـ و اما الوجه الثانى ـ فبعد تصحيحه بارادة قيدية اليوم للقيمة المضافة الى البغل التى هى مضافا الى كونها معنى حدثيا فى نفسها فانها مايقوم بالشىء من المالية انه او سلم كونها معنى جامدا بسبب الاضافة تتضمن معنى اشتقاقيا ـ والافالاختصاص الحاصل من الاضافة معنى حرفى ـ والعامل لابد وان يكون فعلا اوشبه فعل ـ يرده انلا معين لكون اليوم قيدا للقيمة ـ ومن الممكن كون اليوم قيد النعم الذى هو فى قوة قوله يلزمك او يكون لفظ يلزمك مقدرا بعده فيكون اليوم ح وعاء توجه التكليف فيوم القيمة على هذا مسكوت عنه فى الصحيح ـ او يكون قيدا للبغل باضافة البغل اليه فيكون المقام من قبيل تتابع الاضافات فيكون المراد ـ انه حيث يكون للبغل بحسب الصفات والخصوصيات المتفاوتة بحسب الايام قيم مختلفة ولا كلام فى ان هذا الاختلاف مضمون فى باب الضمان ـ اذ الخلاف انما هو فى القيمة السوقية ـ فيكون يوم المخالفة فى الخبر اشارة الى قيمة يوم البغل حال كونه قويا فان التعب والهزال عرضه بعد الحركة العنيفة لالخصوصية فى ذلك اليوم ـ و هذا يجتمع مع كون المدار على قيمة يوم التلف او يوم الدفع بان يلاحظ البغل على ما هو عليه يوم المخالفة فى وقت التلف او يوم الدفع فيقوم ذلك البغل فى يوم الاداء او وقت التلف فيكون الصحيح اجنبيا عن المقام ـ ومع تعدد الاحتمال وحصول الاجمال لايتم الاستدلال

الفقرة الثانية قوله عليه السلام اوياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا ـ وتقريب الاستدلال بها على ان الميزان قيمة يوم المخالفة

ما في مكاسب الشيخ الاعظم ره. وهو ان اثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لاجدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا محالة يكون الغرض منه اثبات قيمة يوم المخالفة بناء على انه يوم المخالفة لان الظاهر من الخبر مخالفته للمالك بمجرد الخروج من الكوفة ومن المعلوم ان اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة انما يكون يوم الخروج ومعلوم ايضا عدم اختلاف القيمة في هذه المدة القليلة (وفيه) ان نكتة التعبير بيوم الاكتراء بعد فرض عدم كونه من حيث هو ميزانا في هذا الباب انما هو وجود المكارين حينه دون ساير الاوقات وهذا كما يلائم مع كون العبرة بقيمة يوم المخالفة يلائم مع كون الميزان قيمة يوم التلف او يوم الاداء من جهة عدم الاختلاف في مدة خمسة عشر يوماً ايضا كما صرح هو قده به. و يؤكد ذلك ان الظاهر من الفقرة الواردة لبيان معرفة تفاوت قيمة الصحيح والمعيب ان المقصود تعيين اصل قيمة البغل من جهة الجهل بها بحيث لو علم قيمته في يوم ارتفع الاشتباه مع انه لو سلم الاختلاف بما ان هذه الفقرة غير واردة لبيان حكم شرعي بل في مقام بيان موضوع عرفي كما يشهد له قول السائل من يعرف ذلك الكاشف عن علم السائل بما هو وظيفته الشرعية فيمكن ان يقال انه لو كان الميزان قيمة يوم الاداء اذا عينت قيمة البغل في يوم المخالفة معرفة قيمته في يوم الاداء سهلة كما لا يخفى - فهذه الفقرة ايضا لا تدل على خلاف ما يقتضيه القاعدة.

الثالثة قوله عليه السلام في جواب السائل عن اصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده. وملخص القول فيها ان كلمة يوم - اما ترجع الى العيب فيكون مفادها ضمان العيب الفعلي فلا عبرة بحدوث العيب مع زواله عند رده - فالخبر اجنبي عن المقام - او ترجع الى قوله عليك - فلا تعرض فيها اليوم هذه القيمة او ترجع الى القيمة ويراد رد الارش من قوله يوم ترده فتدل على ان العبرة بقيمة يوم الرد - او ترجع اليها ويراد رد البغل - فهي تدل على ان الميزان قيمة يوم الاداء - فهذه الفقرة اما تدل على مقتضى القواعد - اولا تنافيه - فالمتحصل انه لا يستفاد من الصحيح ما يخالف القاعدة الاولية.

و منها - ماورد (١) فى باب الرهن الدال على انه اذا تلف الرهن بتفريط المرتهن سقط من دينه بحساب ذلك (قيل) فلولا ضمان التالف بالقيمة يوم التالف لم يكن وجه اسقوط الدين بمجرد ضمان التالف -ذكره الشيخ الاعظم ره (وفيه) مضافا الى انه ليس فى نصوص الرهن عنوان السقوط بل فيها انهما يترادان الفضل اذاكان لاحد الامرين من الرهن والدين عند تلفه فضل وانه اذاكان يساوى مارهنه فليس عليه شيء (مع) انه ايضا لاينافى القاعدة بعد فرض ان ادائها بعد التلف انما يكون بدفع القيمة بدلا اووفاء وان ذلك انما يكون باستيلاء المالك على ذلك المقدار من المال للضامن فيوم الاداء فى ذلك يوم التلف.

ومنها ماورد فى عبد اعتق بعضه - ففى خبر (٢) عبد الرحمن بن ابى عبد الله عن ابى عبد الله عليه السلام عن القوم ورثوا عبدا جميعا فاعتق بعضهم نصيبه منه -هل يؤخذ بما بقى فقال عليه السلام نعم يؤخذ بما بقى منه بقمية يوم اعتق ونحوه غيره (وفيه) انه من المحتمل كون قوله يوم اعتق قيد اليؤخذ لاللقيمة وعليه فيدل على ان زمان توجه التكليف انما هو من حين اعتق وساكت عن انه مابه الضمان هل هو قيمة يوم التلف اويوم الاداء (فالمتحصل) مما ذكرناه ان الاظهر بحسب الادلة- ان الميزان قيمة يوم الاداء والدفع مطلقا-

حكم ارتفاع القيمة السوقية والزيادة العينية

ثم ان فى المقام فروعا احدها- المعروف بين الاصحاب ان زيادة القيمة السوقية ليست مضمونة- بخلاف الزيادة العينية (و) عليه (**لو زاد السوق لم يضمنها مع الرد ولو زاد الصفة ضمنها**) و الوجه فى ذلك ان الصفة اذا زيدت تكون تابعة للمال و حيث انها تحت يد الغاصب فمقتضى ادلة الضمان ضمانها ايضا- واما القيمة السوقية فاصلها وترقيها- ناشئان من كثرة الراغب وقلة الوجود كما ان عدمها وتنزلها ينشئان من كثرة الوجود

---

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الرهن

(٢) الوسائل باب ١٨- من كتاب العتق حديث ٥-

وقلة الطالب . وهذا ليس شيئا يضمن لعدم كونه وصفا في العين كي يدخل تحت اليد (وقد استدل) لضمانه تارة بحديث (١) لاضرر - واخرى - بان دليل الضمان انما يدل على التضمين والتغريم فلا بد من رعاية الحيثية المالية (ولكن) يرد الاول - مامر من انه لا يدل على الضمان والثاني انه لا يستفاد من ادلة الضمان سوى رد العين بما لها من الخصوصيات مع امكانه . وفي الفرض حيث ان التالف رغبات الناس لا شيء من العين فالعين ترد بما لها من الخصوصيات

ثانيهما (**و لو تجدد صفة لا قيمة لها لم يضمنها**) بلا خلاف اذ لا معنى للضمان مع عدم القيمة لها وعدم كونها مثلية - والفرض ان عينها لا يمكن ردها .

ثالثها (**ولو زادت القيمة لنقص بعضه كالجب فعليه الارش**) لعموم مادل على ثبوت الارش بالجناية .

زيادة العين باثر الغاصب

الثامنة (**ولو زادت**) قيمة (**العين باثره**) فتارة يكون ذلك اثرا محضا لا عينا - كتعليم الصنعة وخياطة الثوب بخيوط المالك ونسج الغزل و طحن الطعام وما شاكل - و اخرى يكون عينا كما لو خاط ثوبه بخيوطه او صبغه بصبغه اوزرع في ارضه وهكذا

اما في الصورة الاولى فلا اشكال في ان المالك ياخذ ماله و مع التلف مثل التالف او قيمته مع ذاك الاثر فان الاثر اوجب زيادة قيمة العين وهي تابعة للعين - ولا شيء للغاصب على المالك فان مجرد عود نفع العمل الى المالك لا يكون موجبا للضمان بل الضمان اما ان يكون لليد أو يكون للاتلاف - او من جهة الامر بالعمل - او من ناحية الاستيفاء بالاذن - وشيء من تلكم لا يكون في المقام .

واما في الصورة الثانية فان لم يمكن اخذ الزيادة وكانت لا تعد عند العرف شيئا في مقابل المغصوب منه فهي تالفة عرفا فالحكم فيها ما تقدم من غير فرق بين ان يكون عين ما زيد من الغاصب نفسه ام لم يكن .

---

(١) الوسائل - باب ١٢ من احياء الموات

وفي المسالك في ما اذا كان العين للغاصب وحصلت في المغصوب منه ولم تنعدم بحيث لايكون هناك سوى الاثر - ولم يمكن فصله - قال الشهيد يصير شريكا للمغصوب منه لانه عين مال انضم الى ملك ثم ينظر ان كان قيمته مغصوبا مثل قيمته وقيمة الصبغ كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وهو يساوي بعد الصبغ عشرين و لم يتغير قيمتهما فهو بينهما بالسوية - الى ان قال - وفي الاول وهو ما اذا امكن فصله عن الثوب فللغاصب ازالته مطلقا مع ضمان الارش ان نقص و قيل ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب اليه لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير فائدة مع كونه متعديا في اصل الفعل و الاشهر اجابته لانه لولاه لزم منه عدوان آخر وهو التصرف في مال الغير بغير حق اذلا سبيل الى تملكه بعوض ولا بغيره قهر اوبقاء الثوب في يد المالك ممنوعا من التصرف فيه لاجل الصبغ ضرر اخر فكانت اجابته للغاصب اصلح وفيهما جمع بين الحقين فعلى هذا يجاب اليه انتهى (ويرد عليه) اولا النقض بما اذا كان فعله موجبا لثبوت اثر محض فان لازم ما افاده هو الشركة فيه ايضا فان تلك الهيئة الحاصلة في العين المغصوبة لها مالية - فالثوب قيمته مخيطا ازيد من قيمته غير مخيط والهيئة موجودة فلابد من البناء على الشركة - و ثانيا - ان العين التي زيدت في المغصوب ان لم يمكن فصلها او امكن مع استلزام الفصل خروجه عن المالية - تكون ساقطة عن المالية وانما هي موجبة لازدياد قيمة المغصوب لان المال المبذول يبذل مقدار منه بازاء المغصوب ومقدار زايد بازاء ما زيد ومع سقوطها عن المالية لايعتبرها العقلاء ملكا ومالا له فتخرج بذلك عن ملكه فلا وجه للشركة - نعم - فيما اذا لم يلزم من فصلها انتفاء قيمتها كلام سياتي انشاء الله تعالى (وبما ذكرناه) يظهر انه لو كان الصبغ مغصوبا من غير مالك الثوب لايصير الثوب المصبوغ مشتركا بين المغصوب منهما - بل الصبغ يعد تالفا عرفا فيكون الغاصب ضامنا له لمالكه - والثوب المصبوغ تمامه لمالك الثوب - فما في المسالك ايضا من حصول الشركة بينهما - ضعيف .

واما ان كانت الزيادة يمكن اخذها، ولها مالية فالمشهور بين الاصحاب انه: **(رجع الغاصب بها)** ولو نقصت قيمة العين ورد الاصل جمعا بين الحقين **(و عليه ارش النقصان)** ان نقص المغصوب باخذ الزيادة منه - وعن الاسكافي والمختلف والتنقيح والمجلسي انه ليس للغاصب اخذ ما زاده بغير اذن المالك فان لم يرض ودفع قيمته وجب على الغاصب قبوله (اقول) لا اشكال في بقاء الزيادة على ملك الغاصب لان عدوانه لا يقتضي اسقاط ماليتها ولا الملكية - ولا اشكال ايضا في انه لا يوجب العدوان سلب سلطنة المالك (فما) عن المشهور من ان له اخذ الزيادة ورد الاصل - وظاهره ذلك مع عدم رضا المالك (غير تام) نعم للمالك المغصوب منه ذلك - لخبر (١) عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن ابي عبد الله (ع) عمن اخذ ارضا بغير حقها وبنى فيها قال (ع) يرفع بنائه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق - واما ما افاده جمع من الاصحاب من انه ان لم يرض المالك ودفع قيمته وجب على الغاصب قبوله فمضافا الا انه لا وجه له والاصل عدم وجوب القبول عليه - يشهد لعدم وجوب القبول خبر (٢) عقبة بن خالد عن ابي عبد الله (ع) عن رجل اتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت له ذلك ام لا فقال (ع) للمزارع زرعه و لصاحب الارض كراء ارضه

ثم انه لو اخذ الغاصب عين ماله باذن المالك ولزم منه نقصانه **(ليس له الرجوع بارش نقصان عيبه)** لانه جاء من قبله **(و)** مما مر ظهر انه **(لو غصب عبدا او جنى عليه بكمال قيمته رده مع الارش على قول)**

حكم مزج المغصوب بغيره

(و لو امتزج المغصوب) بغيره - فتارة يكون بجنسه واخرى بغير جنسه - وعلى الاول

---

(١) الوسائل باب ٣ - من كتاب الغصب - حديث ١

(٢) الوسائل - باب ٢ من كتاب الغصب حديث ١

اما ان يكون (**بمساويه**) فى الجودة والردائة (**او باجود**) منه. اوبادنى فان خلطه بمساويه فان امكن التمييز كلف به و (**رده**) اى رد مال المغصوب منه اليه وان شق كما لو خلط الحنطة بالشعير او الحمراء منها بالصفراء بلاخلاف لوجوب رد العين حيث يمكن .

ولولم يمكن التمييز- فقد جزم الاكثر على ما فى المسالك بانه يكون الغاصب شريكا بنسبة المخلوط - و استدلواله - بان عين مال المالك موجودة فى الجملة وغايته انها ممتزجة بغيرها وذلك لايخرجها عن ملكه - وبانه فى ذلك ايصال المالك الى بعض حقه بعينه و الى بدل بعضه من غير زيادة فوت على الغاصب فكان اولى من ايصاله الى بدل الكل (اقول) تأييدا لما افادوه ان الخلط ربما يكون بحيث يعد المالان بعد المزج شيئا واحدا فيلزم منه الشركة القهرية بينهما ولا وجه لصيرورة الجميع ملكا للمالك ولا للانتقال الى المثل اوالقيمة فان ذلك فرع التلف غير المتحقق (فما)عن الحلى من انه ينتقل الى المثل لاستهلاك العين اذلايقدر على ردها لوطلبه (غريب)فان الاستهلاك غير تعذر الرد - مع - انه لوتم دعوى الا ستهلاك لاريب فى ان الموجود اقرب الى التالف من المثل وقد عرفت انه متعين فى باب الضمان(واما) مافى الرياض من ان لزوم القبول على المالك مشكل حيث يتعذر لعدم قبوله بعذر موجه ككون ماله حلالا ومال الغاصب الممزوج به مشبوها او نحوه فان ايجاب القبول حضرر اى ضرر - ونقله عن التنقيح ايضا(فيردعليه) ان مال الغاصب الممزوج به على الفرض محكوم شرعا بانه ماله كساير مايؤخذ من ايدى المكلفين مع ان لاضرر لايصلح لاثبات الخيار للمالك كمامر (فالحق) ترتب احكام المشترك على الموجود المتقدمة فى كتاب الشركة- وربما يكون بحيث لايعد المالان شيئا واحدا عرفا فالمال الموجود مختلط والحكم فيه هو الصلح القهرى اوالقرعة على مامر فى محله .

وان خلطه باجود منه فمع عدم حصول الشركة فالحكم مامر و اما مع حصولها بان عد المجموع شيئا واحداً - ففيه قولان (احدهما) ما هو المشهور وهو حصول الشركة بينهما و ترتب احكامها المشار اليهـا فى الصورة السابقة (ثانيهما) ما عن

الشيخ في المبسوط والحلي ـ وهو انه يتخير الغاصب في دفع القدر من العين او غيرها (وجه الاول) وجود عين مال المالك المقتضي لتسلطه على الموجود وعدم الانتقال الى المثل او القيمة والزيادة لا تقدح لانها زيادة صفة حاصلة بفعل الغاصب (ووجه الثاني) استهلاك عين مال المالك اذ لا يقدر على الرد او طلبه ـ والتخيير في الحقيقة راجع الى ضمان المثل لانه ح لا ينحصر في العين وهي اجودهما يلزمه فاذا بذلها وجب قبولها بطريق اولى ولان بعضها عين حقه وبعضها خير منه (اقول) يرد على الثاني ـ اولا ـ ما تقدم من منع الاستهلاك وثانيا ـ ان الموجود لو كان بعضه عين حقه وبعضه خيرا منه فمضافا الى انه ينافي ما ذكراه اولا من الاستهلاك ـ حيث انه اقرب الى مال المالك هو المتعين دفعه ـ وثالثا ـ انه لو سلم ان الموجود غير مال المالك ولا مثله فلا وجه لالزامه بقبوله لان له ان لا يقبل الا ما هو حقه لا ما يكون اجود منه ـ فما افاده المشهور هو المنصور ـ الا ان لازم الشركة استحقاق الغاصب بمقدار اجودية ماله من مال المالك لا ازيد منه فليست الزيادة ح عائدة الى المالك حتى يعلل بما ذكر .

(ولو كان) الخلط **(بادون)** ففيه اقوال ـ ١ ـ انه **(ضمن المثل)** وهو مشهور بينهم وعن التنقيح نفي الخلاف فيه ـ ٢ ـ ما عن الروضة وفي المسالك وهو انه مخير بين ان ياخذ حقه من العين مع الارش وبين اخذ المثل ـ ٣ ـ التخيير بين اخذ حقه من العين بدون الارش واخذ المثل وهو ظاهر ما نقله في الشرايع ـ وجه الاول ـ استهلاك مال المالك وقد مر ما فيه ـ وجه الثاني ـ ان حقه في العين لم يسقط لبقائها كما لو مزجها بالاجود والنقص بالخلط يمكن جبره بالارش ـ وفيه ـ ان لازم الوجه المزبور حصول الشركة لا الانتقال الى المثل ـ مع ـ انه لا وجه للجبر بالارش بل يجبر النقص بالزيادة من نفس العين على ما هو مقتضى الشركة ـ وبذلك يظهر مدرك القول الثالث ـ فالمتجه ح هو الوجه الرابع وهو حصول الشركة .

وان كان الخلط بغير جنسه ـ كما اذا اختلط الزيت بالشيرج ـ فقيل ـ ان المغصوب هالك لبطلان فائدته وخاصيته باختلاط غير الجنس به فيضمن بالمثل ـ و فيه ـ انه لو كان في الفرض شيء فهو الاستحالة دون الاستهلاك ـ فالا ظهر فيه الشركة

كماقواه في محكي التذكره لان مال المالك موجود فلاينتقل الى المثل أوالقيمة.

فوائدالمغصوب للمالك

التاسعة **(وفوائدالمغصوب للمالك)** له بلا خلاف لانها نماء ملكه فتكون مضمونة عند الغاصب كالاصل سواء تجددت عنده ام لا ـ اعياناًمنفصلة كانت كالولد ـ او متصلة كالصوف والسمن اومنفعة كاجرة سكنى الداوركوب الدابة(والاصل)في ذلك كله حديث(١) على اليد مااخذت حتى تؤدى. فان اليد كماتكون على العين كذ تكون على الفوائدحتى المنفعة ولا يختص الحديث بحدوث اليد بل يشمل بقائهافكل زمان من ازمنة كون العين تحت اليد قدازيلت فيه يدالمالك فيجب ان يغرم العين ومايتبعها ـ والايراد على ضمان المنفعة بان الحديث مختص بالاعيان ولايشمل المنافع ـ قدمر عند تقريب دلالة الحديث على الضمان ما ذكر في وجه ذلك واندفاعه وعرفت ان الاظهر شموله للمنافع.

ثم ان النماء ان بقي الى زمان ردالعين يجب دفعه والافقيمته وهو واضح.

واما المنفعة ـ فان استوفاها الغاصب فيجب رد عوضها اما مرمن ضمان المنفعة المستوفاة ـ وان لم يستوفها فيمكن ان يستدل لضمانها بوجهين ـ احدهما حديث على اليد بالتقريب المتقدم ـ ثانيهما قاعدة الاتلاف فان حبس العين ومنع مالكها عن الانتفاع بها اتلاف لمنافعها عرفا ـ واما ما عن المحقق الخراساني ره من الاستدلال له بان من آثار ضمان العين ضمان منافعها فالدليل على ضمان العين دليل لضمان المنافع ـ فان اريد به ماذكرناه من صدق الاستيلاء واليد على المنافع بالاستيلاء واليد على العين فهو يرجع الى التمسك بحديث على اليد. وان اريد به ماافاده المحقق الايرواني ره من ان اداء العين المجعول غاية للضمان لايكون الا بادائها بمنافعها وفروعها ـ فيرد عليه ـ انه ان لم يصدق اليد على المنافع باليد على العين لماكان يجدى شمول الحديث للعين في ضمانها فان الغاية اداء نفس مايكون تحت اليد

---

(١) كنزالعمال ج٥ ص ٢٥٧ وسنن بيهقي ج٦ ص ٩٠

لاشيء آخر - وان اريد به غير ذلك فعليه البيان (فان قيل) ان صحيح ابي ولاد المتقدم الدال على ضمان منفعة البغل المستوفاة دون غيرها دال على عدم ضمان المنفعة غير المستوفاة (قلنا) انه لا يتصور منفعة للبغل تجتمع مع المنفعة المستوفاة فانه وان كان يتصور له منفعة اخرى الا انها تضادمع ما استوفاه - و بعبارة اخرى - كان للبغل منافع مختلفة على سبيل البدل و حيث انه استوفى و احدة منها ولم يكن هناك فائدة اخرى يمكن استيفائها فائتة كان عليه ضمان تلك المنفعة خاصة - مع انه (ع) فى الصحيح فى مقام الرد على ابى حنيفة وبيان ان عليه كرى البغل و ليس فى مقام بيان احكام اخر.

وربما يستدل لعدم ضمانها - بقوله ﷺ (١) فى الامة المبتاعة اذا وجدت مسروقة بعد ان اولدها المشترى (ياخذ الجارية صاحبها و ياخذ الرجل ولده بالقيمة) بتقريب انه يدل على ضمان المنفعة المستوفاة وساكت عن ضمان غيرها فى مقام البيان (وفيه) ان الخبر وارد فى مقام بيان منفعة واحدة وانه يكون الولد حرا وعليه قيمته - ولذا لم يتعرض لبيان المنافع المستوفاة الاخر من الطبخ والتنظيف وغيرهما - بل ولا لاشتغال ذمة المشترى بالوطء مع انه منفعة استوفاها - اضف الى ذلك ان تلك المنفعة التى حكم بضمانها منفعة لم يستوفها المشترى بل اتلفها - كما لا يخفى - ومما ذكرناه ظهر الجواب عن الاستدلال لعدم الضمان بصحيح (٢) محمد بن قيس الوارد فيمن باع وليدة ابيه بغير اذنه - قال (ع) الحكم ان ياخذ وليدته وابنها بتقريب انه ساكت عن المنافع الفائتة - فالحق هو ضمان المنفعة ولو لم يستوفها - ومما ذكرناه ظهر انه لو كانت للعين منافع مختلفة - انما يضمن الغاصب اكثرها قيمة دون الجميع - فتقوم اجارة تلك العين بجميع منافعها فيضمنها الغاصب كما هو واضح.

ثم انه قد مر مفصلا فى كتاب البيع (و) فى بعض المسائل المتقدمة فى هذا الكتاب انه **(لو اشتراه)** اى المغصوب **(جاهلا بالغصب رجع بالثمن على الغاصب و)** كذا **(بما غرم عوضا عما لا نفع فى مقابلته او كان على اشكال ولو كان عالما**

(١-٢) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٣-١

فلا رجوع بشيء)

الزرع لمالك البذر

(و) ايضاقدظهرمماقدمناه انه **(لوزرع الغاصب كان الزرع له و عليه الاجرة)**

ويشهد به مضافا الى مامر -والى انه نماء ملك الزارع و هو البذرفيتبعه فى الملك - وان الارض كالماء والهواء والشمس من المعدات لصيرورة البذر زرعاثم حبابالتدريج -خبر (١) عقبة بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل اتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذنى فرزعك لى وعلى ماانفقت أله ذلك ام لافقال (ع) للزارع زرعه ولصاحب الارض كراءارضه ونحوه غيره - وعن ابن الجنيد ان لصاحب الارض ان يرد ماخسره الزارع - لقوله عليه السلام(٢) من زرع فى ارض قوم بغير اذنهم ليس له من الزرع شيء وعليه نفقته-و فيه ان الخبر لم يثبت صحته كماذكره الاصحاب ولم يعمل به احد غيره و هو مع ذلك معارض بما تقدم وبموثق (٣) محمدبن مسلم عن ابى جعفر (ع) فى رجل اكترى دارا و فيها بستان فزرع فى البستان و غرس نخلا و اشجاراوفواكه وغيرذلك ولم يستامر صاحب الدار فى ذلك قال (ع) عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع و الغرس قيمة عدل و يعطيها الغارس ان كان استامره فى ذلك وان لم يكن استامره فى ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء- والترجيح للخبرين -

ثم انه قدمر -ان لصاحب الارض ازالة الزرع و الحرث ولوقبل او ان بلوغهما- ويشهد به -مامر - وخبر (٤) عبد الغرير بن محمد الدراوردى المتلقى بالقبول عن ابى عبد الله عليه السلام عمن اخذ ارضا بغير حقها وبنى فيها. قال عليه السلام يرفع بنائه و تسلم

(١-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الغصب حديث١

(٢) التذكرة ج٢ ص ٣٩٢

(٤) الوسائل - باب ٣ - من ابواب كتاب الغصب حديث ١

التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق الحديث- وله ان يلزمه بالازالة وطم الحفر والارش ان نقصت بالقطع او الزرع لانه نقص اورده الغاصب ومنفعة اتلفها - وهل له الارش لو تصدى بنفسه بالازالة ام لا - الظاهر ذلك اذا كان النقص حاصلا بالزرع كما هو ظاهر - و اما ان كان حاصلا بالقلع ففيه و جهان من كونه الموجد للنقص - و من ان سببه الزرع. والله العالم -

حكم الاختلاف فى القيمة

العاشرة (و) لو تلف المغصوب واختلفا فى القيمة فعن المبسوط والخلاف والحلى والمحقق والمصنف ره و الشهيدين وكثير من المتاخرين بل عامتهم - ان **(القول قول الغاصب فى القيمة مع اليمين و تعذر البينة)** و عن النهاية و المقنعة بل قيل عن الاكثر - ان القول قول المغصوب منه - واستدل للاول بان الغاصب منكر للزيادة والمالك يد عيها والاصل عدمها - وفيه ان ذلك وان تم بحسب موازين باب القضاء - الان صحيح ابى (١) ولاد المتقدم - قلت فمن يعرف ذلك قال عليه السلام انت و هو اما ان يحلف هو على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمه ذلك او ياتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك الحديث - يدل على تقديم قول المالك مع الحلف - وتخصص القاعدة العامة به - و هذا التخصيص موافق للاعتبار اذ من شئون اخذ الغاصب باشق الاحوال عدم قبول قوله مالم يرد الحلف عليه وان لا يطالب منه شيء من موازين القضاء بل يوجه الخطاب الى المالك - ويكون الحلف وظيفته وكذا رد اليمين اللذان هما وظيفة المنكر فى غير باب الغصب - والبينة ايضا وظيفته كما هى وظيفة المدعى فى كل باب فيكون مع تعذر البينة قوله مقدما مع الحلف بل الصحيح يدل على تقديم قوله مع اليمين وان امكنه اقامة البينة (فان قيل) ان الصحيح فى مقام بيان طريق معرفة القيمة من دون فرض

---

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كتاب الغصب حديث ١

مخاصمة ـ وقضية البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه انما هى فى المخاصمات وذلك من جهة ظهور السؤال والجواب فى ذلك ـ حيث ان السؤال انما يكون عن العارف واجاب عليه السلام بانه اما ان يحلف المالك لمعرفته بقيمة بغله ـ او ان تحلف انت من جهة كونه عندك فى مدة ـ اويقيم المالك البينة لولم تعرف انت ولم يعرف هو فالصحيح غير مربوط بباب النزاع والخصومة ـ كما عن جمع من المحققين كاليزدى والاصفهانى والايروانى (قلنا) انه يوهن ذلك قوله فيلزمك وقوله ازمه ـ اذ الملزم انما هو حلف من وظيفته بحسب الجعل الالهى ذلك لا حلف كل احد وان توافق الطرفان عليه فالاظهر ان القول قول المالك مع يمينه ـ ومع ذلك لو اقام البينة تسمع منه ـ

الفصل الحادى عشر فى احياء الموات

والمراد بالموات الاراضى غير المنتفع بها لعطلتها باستيجامها اوعدم الماء عنها او استيلاء الماء عليها بحيث تعد مواتا عرفا ـ و قد استوفينا البحث فى اقسام الاراضى ـ ومايملك منها بالاحياء ومالايملك وحكم الموت العارض بعدكونها عامرة وغير ذلك ممايرجع الى الاراضى فى كتاب البيع والمكاسب المحرمة ـ وكتاب الخمس ومماذكرناه هناك يظهر ان الاحياء لايختص بالبناء بل قديكون به وقد يكون بالزراعة والغرس وقد يكون باحداث الطريق و النهر والمراح وما شاكل و فى جميع هذه الموارد تصير الارض ملكا للمحيى مع الشرائط المذكورة فى تلك الكتب ـ وانما الكلام فى المقام فى مسائل .

الاولى ـ **(لايجوز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه)** كمامر فى كتاب الغصب **(ولافيمافيه صلاحه)** اى صلاح المملوك ويحتاج اليه من مرافقه وحريمه **(كالطريق)** المسلوك اليه **(و النهر ـ والمراح)** اى ماوى الابل والغنم لاتحاد الدليل.

بيان حد الطريق

(و) فى (حد الطريق المبتكر) والمراد به الملك المحدث **(فى المباحة مع المشاحة)** خلاف فعن النهاية والحلى و المصنف هنا و فى المختلف و التحرير و فخر الاسلام و الشهيدين و غيرهم و فى الرياض بل لعله المشهور بين الطائفة - ان حده **(سبعة اذرع)** و فى الشرايع و النافع و عن القواعد و عن ولد الماتن انه نقله عن كثير من الاصحاب - انه خمسة اذرع - ومنشأ الاختلاف اختلاف الاخبار - فان منها - مايدل على الاول - كقوى (١) السكونى عن ابى عبدالله عن رسول الله (ص) فى حديث والطريق يتشاح اليه اهله فحده سبع اذرع - ومثله خبر (٢) مسمع اخى عبدالملك عنه (ع) - ومنها مايدل على الثانى كموثق (٣) ابى العباس البقباق عن ابى عبدالله (ع) اذا تشاح قوم فى طريق فقال بعضهم سبع اذرع وقال بعضهم اربع اذرع فقال ابو عبدالله (ع) بل خمس اذرع - وهما متعارضان والترجيح للطائفة الاولى للشهرة التى هى اول المرجحات ثم ان الظاهر من النصوص عدم اختصاص هذا التحديد بالمبتكر - بل هو حد الطريق مطلقا كما عن جماعة من المحققين من المتاخرين منهم المحقق القمى ره .

ثم ان الطريق قد يكون ملكا لشخص كما لو احدثه فى ارض موات وهو على قسمين اذ قد يشترى من شخص داره أو بستانه او ما شاكل ويجعله طريقا الى املاكه - لا اشكال فى ان الحد المذكور غير مربوط به بل انما التحديد لغيره - وقد يحدثه فى ارض موات فحده ماذكر - وان كان فيه خلاف آخر وهو انه هل يصير الطريق ملكا له بتبع ملك ماجعل طريقا اليه ام لا - وقد مر الكلام فيه - وهذا الحكم الذى ذكرناه فيما اذا كان الطريق ملكا لشخص - يجرى فيما لو يكن ملكا له ولكن كان ذلك حريما لملكه وقد لا يكون ملكا لشخص خاص ولا حريما لملكه - بل كان شارعا عاما معدا لمصالح القاطنين وهو

(١-٢) الوسائل باب ١١ - من كتاب احياء الموات حديث ٥-٦

(٣) الوسائل باب - ١٥ من ابواب كتاب الصلح حديث ١

ايضاعلى قسمين-اذتارة يختص بطائفةخاصة والظاهر ان حده مامر-وقد يكون غير مختص بشخص ولاطائفة - كالشوارع العامة فى البلدان - فحده ح مايحتاجون اليه-فقد يكون فى هذه الازمنة - يحتاجون الى شارع يبلغ مائة زراع - وعلى الجملة الميزان فى ذلك رعاية مصلحة الاجتماع ومايتوقف عليه حفظ النظام - والظاهر ان الحد المذكور غير مربوط به كما يشهد به موثق (١) البقباق عن الصادق (ع) قال قلت له الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء اذا لم يضر بالطريق قال(ع) لا -وفى هذه الطرق التصرف المنافى المتطرق لايجوز - واماغير المنافى له كالوقوف فى الطريق والجلوس - بل المعاملة والتظليل على موضع الوقوف بل بناء الدكة بحيث لا يضر المارة و اخراج الجناح و الروشن وما شاكل فلامحذور فيه لعدم كونها ملكا لشخص او اشخاص -كى لايجوز مطلق التصرف فيها والله العالم .

بيان حريم البئر

(وحريم بئر المعطن) وهو العطن واحد الاعطان والمعاطن وهى مبارك الابل عند الماء لتشرب **(اربعون ذراعا)** من الجوانب الاربعة وحريم بئر **(الناضح ستون ذراعا)** كك على المشهور بين الاصحاب-وقيل ان الحريم فى البئر مطلقا مايحتاج اليه فى السقى و منها وقوف الناضح والدولاب وتردد البهايم ومصب الماء و الموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذى يطرح فيه مايخرج منه بحسب العادة -

واما النصوص فهى مختلفة منها مايدل على القول الاول كخبر (٢) عبدالله بن معقل

---

(١) الوسائل -باب ٢٧ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث -١

(٢) التذكرة ج٢ ص ٤١٣

ان النبى (ص) قال من احتفر بئرا فله اربعون ذراعا حولها لمعطن ماشيته - وخبر(١) مسمع بن عبدالملك عن الصادق (ع) عن رسول الله (ص) مابين بئر المعطن الى بئر المعطن اربعون ذراعا - ومابين بئر الناضح الى بئر الناضح ستون ذراعا - ومابين بئر العين الى بئر العين خمسمائة ذراع الحديث - ونحوه قوى (٢) السكونى الا انه اضاف اليه بعد قوله العين يعنى القناة - ومنها مايدل على ان حريم البئر اربعون ذراعا مطلقا - كصحيح(٣) حماد بن عثمان عن ابى عبدالله (ع) حريم البئر العادية اربعون ذراعا حولها - و ما (٤) رواه الصدوق قال قضى رسول الله (ص) ان البئر حريمها اربعون ذراعا لايحضر الى جانبها بئر اخرى لعطن اوغنم - ومنها مايدل على انه خمسون ذراعا كخبر (٥) وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه ان على بن ابى طالب (ع) كان يقول حريم البئر العادية خمسون ذراعا الاان يكون الى عطن اوالى طريق فيكون اقل من ذلك الى خمسة وعشرين ذراعا - ومنها مايدل على ان الحد فى الارض الصلبة خمس مائة ذراع وفى الرخوة الف ذراع كخبر (٦) عقبة بن خالد عن ابى عبدالله (ع) يكون بين لبئرين اذا كانت ارضا خمس مائة ذراع وان كانت ارضا رخوة فالف ذراع .

و الحق فى الجمع ان يقال اما الاخير فهو يختص ببئر العين اى القناة - واما ماقبله فضعيف السند - واما صحيح حماد ومرسل الصدوق فمطلقان يقيد اطلاقهما بالنصوص المفصلة و عليه فما افاده المشهور اظهر (ثم ان) ذلك يختص بالبئر فى الارض الموات - واما فى المملوكة فلاحد لها لورود النصوص فى ذلك المورد - قال فى المسالك ونسبة البئر الى العادية اشارة الى احداث الموات لان ما كان فى زمن عاد وماشابهه فهو موات غالبا وخص عادا بالذكر لانها فى الزمان الاول كان لها ابار فى الارض فنسب اليها كل قديم انتهى (ثم ان) بعض النصوص والفتاوى وان اختص بحفر بئر اخرى - الا ان الظاهر انه لايجوز لاحد احياء المقدار المزبور بغير حفر البئر ايضا كزرع أوشجر اونحوهما لاطلاق بقية النصوص .

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ١١ من كتاب احياء الموت حديث ٦-٥-١-٧-٨-٣

بيان حريم العين

(و) حريم **(العين)** والقناة **(فی)** الارض **(الرخوة الف)** ذراع **(وفی)** الارض **(الصلبة خمسمائة)** على المشهور بين الاصحاب ـ وعن الاسكافی ان حد ذلك ان لايضر الثانی بالاول ونفی عنه الباس فی محكی المختلف وجعله فی المسالك اظهر واختاره صاحب الكفاية وقواه المحقق القمی ره ـ يشهد للاول خبر (١) عقبة بن خالد المنجبر بماعرفت وبرواية المشايخ الثلاثة عن ابی عبدالله عليه السلام يكون بين البئرين اذا كانت ارضا صلبة خمسمائة ذراع و ان كانت ارضا رخوة فالف ذراع ـ وبه يقيد اطلاق خبری مسمع والسكونی المتقدمين الدالين على ان حده خمسمائة ذراع. كما انه يقيد اطلاق مرسل (٢) محمد بن حفص عن رجل عن الصادق عليه السلام يكون بين العينين الف ذراع ـ و للثانی ـ صحيح (٣) محمد بن الحسين كتب الی ابی محمد عليه السلام رجل كانت له قناة فی قرية فاراد رجل ان يحفر قناة اخری الی قرية له كم يكون بينهما فی البعد حتی لاتضر احداهما بالاخری فی الارض اذا كانت صلبة او رخوة فوقع عليه السلام على حسب ان لاتضر احداهما بالاخری انشاء الله تعالی و نحو خبر (٤) محمد بن علی بن محبوب قال كتب رجل الی الفقيه وذكر الحديث ـ وخبر (٥) عقبة بن خالد عن ابی عبدالله عليه السلام فی رجل اتی جبلا فشق فيه قناة فذهبت قناة الاخری بماء قناة الاولی فقال عليه السلام يتقايسان بحقايب البئر ليلة ليلة فينظر ايتهما اضرت بصاحبتها فان رأيت الاخيرة اضرت بالاولی فلتعور ورواه (٦) فی الوسائل عن الصدوق قال وزاد وقضی رسول الله بذلك وقال ان كانت

---

(١) الوسائل باب ١١ ـ من كتاب احياء الموات حديث ٣

(٢) الوسائل ـ باب ١٣ من كتاب احياء الموات حديث ١

(٣ـ٤) الوسائل باب ١٤ من كتاب احياء الموات حديث ١

(٥ـ٦) الوسائل باب ١٦ من كتاب احياء الموات حديث ١ـ٢

الاولى اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاول سبيل وخبره(١) الاخر عنه عليه‌السلام في رجل احتفر قناه واتى لذلك سنة ثم ان رجلا احتفر الى جانبها قناة فقضى ان يقاس الماء بحقايب البئر ليلة هذه وليلة هذه فان كانت الاخيرة اخذت ماء الاولى عورت الاخيرة وان كانت الاولى اخذت ماء الاخيرة لم يكن لصاحب الاخيرة على الاولى شيء.

ومورد هذه الاخبار الثلاثة الاخيرة وان كان في القريتين الا انها تدل على ان الميزان هو الضرر وانه لاعبرة بالقدر المعين - واما خبر عقبة الذي هو مدرك القول الاول فهو في البئر وهو غير محل النزاع - وحمله على العين وان كان ممكنا الا انه يحتاج الى دليل وفهم المشهور لايصلح قرينة عليه - وعليه فالقول الثاني اظهر - ولو سلم شموله لما هو محل النزاع و كذا النصوص المطلقة فيمكن الجمع بين الطائفتين بحمل النصوص الاول على صورة عدم معرفة الضرر وان ما فيها مجعول طريقا للضرر و عدمه و يؤيده مناسبة الحكم والموضوع.

ثم ان النصوص سيما ما اعتمدنا عليه في الحكم مختصة بالقناة في الارض الموات. واما القناة في المعمورة فالظاهر انه لاخلاف في ان لصاحب الارض المعمورة المملوكة ان يحفر قناة في ملكه وان تضرر صاحب القناة الاخرى وانه لاحد لها ولا يعتبر الفصل بينهما بمقدار لايضر الثانية بالاولى ولا بالازرع - وعلى الجملة المعروف بينهم ان الحريم مختص بالاراضي المباحة واما في الاملاك المتجاورة فلا حريم لقاعدة(٢) السلطنة - والتحقيق يقتضي ان يقال انه تارة نقول بان من حفر قناة كما يملك الارض يملك ما فيها من المياه اما لان من ملك ارضا ملك قرارها الى تخوم الارض وفراغها الى عنان السماء اولان الاحتفار حيازة لما فيها من المياه - فح يتعين البناء على عدم جواز حفر قناة اخرى في ملك الحافر ان اضرت بالاولى ولا تصلح قاعدة السلطنة لاثبات الجواز فانها لاتدل على جواز التصرف في ملك الغير - وهل التمسك بها في المقام الا كالتمسك بها لاثبات جواز ان

---

(١) الوسائل باب ١٦- من ابواب كتاب احياء الموات حديث ٣

(٢) البحار ج١ ص ١٥٤ الطبع القديم ج٢ص٢٧٢ الطبع الحديث

يذبح بمدينته غنم الغير بدعوى انه مسلط على مدينته يتصرف فيهاماشاء ـ واما لوانكرنا ذلك و قلنا بان من ملك ارضا و ان كان يملك مقدارا من الفراغ الذى يتوقف عليه تصرفاته فى ارضه ولمقدار آخرمنه بتبعية الارض بمنزلة الحريم لها و مقدارا من قرارها كك ولا يملك ما تجاوز عن ذينك الحدين كما هو الاظهر وبنينا على ان الحيازة المملكة لا تصدق على حفر القناة بالاضافة الى المياه الموجودة فى عروق الارض وان ادعاه المحقق القمى ره كما هو الصحيح. فالظاهر تمامية الاستدلال بقاعدة السلطنة على المال والنفس والعمل لجوازه .

ويبقى الكلام ح فى حديث (١) لا ضرر الحاكم على قاعدة السلطنة كحكومته على جميع الادلة الاولية ونخبة القول فيه انه ـ تارة ـ يتضرر المالك من عدم حفر القناة ـ واخرى ـ لا يتضرر ولكن يفوت منه المنفعة ـ وثالثة ـ لا يتضرر بترك الحفر ولا يفوت منه المنفعة به ـ اما فى الصورة الاولى فلا توقف فى جواز الحفر لان الزامه بتحمل الضرر وحبسه عن ملكه لئلا يتضرر الغير حكم ضررى منفى ـ ولا مورد ح لملاحظة اقل الضررين ـ واما فى الصورة الثالثة فلا كلام فى عدم جواز الحفر لان تجويز ذلك حكم ضررى ولا ضرر فى منع المالك عن هذا التصرف ولا يصلح قاعدة السلطنة لمعارضة حديث لا ضرر لمحكوميتها بالنسبة اليه ـ واما فى الصورة الثانية فالمشهور الجواز ـ ويشهد به ان حبس المالك عن الانتفاع بملكه وجعل الجواز تابعا لتضرر الجار حرج عظيم ـ ولا يعارضه تضرر الجار لعدم وجوب تحمل الحرج والضرر لدفع الضرر عن الغير كما يدل عليه تجويز الاضرار مع الاكراه :

ثم ان فائدة هذا الحريم منع الغير من احداث عين اخرى بخلاف حريم البئر المتقدم فان فائدته كما مر منع الغير من احياء ذلك المقدار مطلقا حتى بالزرع والشجر والفرق ان الحريم هناك للانتفاع بالبئر فيما اعدله ومايحتاج اليه عادة كما مر ـ وفى المقام عدم انتقال ماء العين الاولى الى الثانية فتدبر.

---

(١) الوسائل ـ باب ١٢ من احياء الموات وباب ١٧ من ابواب الخيار

لو لم يف النهر المباح المجتمع عليه املاك

الثانية - اذا تشاح وتنازع اهل الوادى فى مائه - فان كان الماء ملكا لهم فيقسم الماء على قدر انصبائهم فيه (**و**) ان لم يكن ملكا لهم بل كان مباحا (**يحبس النهر للا على**) الذى يلى فوهة الارض بضم الفاء وهو اصله **(الى الكعب فى النخل وللزرع الى الشراك)** وهو اسفل منه بقليل **(ثم كك لمن هو دونه)** وهكذا - بلا خلاف فى اصل الحكم مطلقا استضر الثانى بحبس الاول ام لا كما فى الرياض وفى المسالك الاجماع عليه - والمستند جملة من النصوص لاحظ خبر(١) غياث بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله فى سبيل وادى مهزور للزرع الى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماء الى اسفل من ذلك - قال ابى عمير ومهزور موضع واد وخبره (٢) الاخر عنه عليه السلام قضى رسول الله فى سبيل وادى مهزور ان يحبس الاعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين وللزرع الى الشراكين - وخبر(٣) عقبة بن خالد عنه عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله فى شرب النخل بالسيل ان الاعلى يشرب قبل الاسفل يترك من الماء الى الكعبين ثم يسرح الماء الى الاسفل الذى يليه وكك حتى ينقضى الحوائط ويفنى الماء ونحوها غيرها - واما ما عن المبسوط والسرائر روى اصحابنا ان الاعلى يحبس الى الساق للنخل وللشجر الى القدم وللزرع الى الشراك وعليه اكثر الاصحاب - فلا ينافى ما مر فان الكعب هو المفصل بين القدم وعظم الساق - فيكون قوله الى القدم كناية عن منتهى الكعب فيوافق الطائفتان والقولان - نعم فى القول الثانى والاخبار الثانية اضيف الشجر ولم يذكر فى الاولة ولا تنافى بينهما من هذه الجهة ايضا فلا خلاف بين الاصحاب ولا بين الروايات

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين سبق الاعلى فى احياء الارض التى يراد سقيها - وبين لحوقه - وعن الشهيدين وجماعة اختصاص الحكم بما لو كان

(١-٢-٣) الوسائل باب ٨ من ابواب احياء الموات حديث ١-٣-٥

الاعلى سابقا فی احياء الارض اوكان السابق مجهولا- واما اذاكان المتاخرسابقا فی الاحياء فهويقدم لتقدم حقه فی الماء بالاحياء واستوجهه الفاضل الخراسانی رہ قائلا ان الروايات الدالة على تقديم الذی يفی فوهة النهر لاعموم لها بحيث يشمل هذاالقسم (ولكن) ثبوت حقه فی الماء المباح الجاری من الاعلى باحياء الارض يحتاج الى دليل ـ وعدم العموم لايضر بعد وجود الاطلاق فالاظهرعدم الاختصاص .

ثم انه قال فی المسالك ان اطلاق النص والفتوى لسقی الزرع والشجر بذلك المقدارمحمول على الغالب فی ارض الحجاز من استوائها وامكان سقی جميعها كذلك فلو كانت مختلفة فی الارتفاع والانخفاض بحيث لوسقيت اجمع كذلك زاد الماء فی المنخفضة عن الحد المشروع افرد كل واحد بالسقی بماهوطريقه توصلا الى متابعة النص بحسب الامكان ولو كانت كلها منحدرة لم يقف الماء فيها كذلك سقيت بمايقتضيه العادہ وسقط اعتبارالتقدير الشرعی لتعذره انتهى .

جوازحماية المرعى للمالك

الثالثة_لاخلاف(و) لااشكال فی انه يجوز(للمالك ان يحمی المرعى فی ملكه) خاصة ولا يجوز ان يحمی بقعة من الموات لمواش بعينها ويمنع ساير الناس من الرعی فيها - وانما كان ذلك جائزا لرسول الله ﷺ خاصة لانه اولى بالمومنين من انفسهم ولكنه لم يفعل (و) كذا يجوزعندنا الحما (للامام ع مطلقا) لانه بمنزلة النبی ﷺ والموات له ؏ كما مر ـ قالوا ـ والاصل فی هذا الحكم ان الغريب من العرب كان اذا انتجع بلدا مخصبا وافی بكلب على جبل ان كان به اوعلى نشز ثم ان لم يكن به استعوى الكلب ووقف له من كل ناحية تسمع صوته بالعوى فحيث انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه ويرعى مع العامة فيماسواه فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك و قال لاحما الا لله و لرسوله وزاد فی آخر ولائمة المسلمين - وعلى هذا

فلو بادر احد الى الحما واحياه لم يملكه لتعلق حق المسلمين به - وللنبوى (١) ومادل (٢) على شركة المسلمين فى الماء و الكلاء والنار - ومفهوم نصوص كخبر (٣) محمد بن عبدالله الذى هو قريب من الصحيح بالبزنطى عن الرضا (ع) عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا اواقل اواكثر ياتيه الرجل فيقول اعطنى من مراعى ضيعتك واعطيك كذا وكذا درهما - فقال (ع) اذا كانت الضيعة له فلاباس وحسن (٤) ادريس بن زيد عن ابى الحسن (ع) قال قلت جعلت فداك ان لنا ضياعا ولها حدود ولنا الدواب فيها مراعى وللرجل مناغنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه ايحل له ان يحمى المراعى لحاجته اليها فقال (ع) اذا كانت الارض ارضه فله ان يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه قال وقلت له الرجل يبيع المراعى فقال (ع) اذا كانت الارض ارضه فلاباس - وعليهما يحمل اطلاق خبر (٥) موسى بن ابراهيم عن ابى الحسن (ع) عن بيع الكلاء والمرعى فقال (ع) لاباس به وقد حمى رسول الله (ص) النقيع لخيل المسلمين.

الرابعة (**وليس لصاحب النهر تحويله الا باذن صاحب الرحى المنصوبة عليه باذنه**) لصحيح (٦) محمد بن الحسن كتبت الى ابى محمد عليه السلام رجل كانت له رحى على نهر قرية والقرية لرجل فاراد صاحب القرية ان يسوق الى قريته الماء فى غير هذا النهر ويبطل هذه الرحى اله ذلك ام لا فوقع عليه السلام يتقى الله ويعمل فى ذلك بالمعروف لايضر اخاه المؤمن - ومقتضى اطلاق النص شمول الحكم لما اذا كان نصب الرحى عليه بسبب لازم من صلح اوغيره - ام كان بسبب جائز كالاذن - وبه افتى المحقق القمى ره فى جامع الشتات - ولكن قيده الحلى فى محكى السرائر بما اذا كان نصب الرحى

---

(١) التذكرة ج٢ ص٤١١

(٢) الوسائل باب ٥ - من كتاب احياء الموات حديث١

(٣-٥) الوسائل باب٩ من كتاب احياء الموات حديث ١-٣

(٤) الوسائل - باب - ٢٢ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث١

(٦) الوسائل باب١٥ من ابواب احياء الموات حديث ٢

على النهر بامر حق واجب على صاحبه - وفي الرياض وهذا هو الاقوى بناء على القول الاخر الذى ذهب اليه اصحابنا من ترجيح ادلة السلطنة على ادلة نفى الضرر - وفيه انه تقييد للاطلاق بلامقيد -

حكم بيع الماء

الخامسة - قال قده **(ويكره بيع الماء فى القنوات والانهار)** اقول الكلام فى هذه المسألة يقع فى جهات - الاولى - فى ان الماء هل يملك ام لا - الظاهر هو ذلك كما هو المعروف بين الاصحاب وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه بل لعله ضرورى - والشاهد به مادل على تملك المباحات بالحيازة - فان الماء من جملة المشتركات بالاصالة - للاصل - والاجماع بقسميه - والنبوى (١) الناس شركاء فى ثلاث الماء و الكلاء و النار - والكاظمى (٢) ان المسلمين شركاء فى الماء النار والكلاء - فيملكه من حازه «فان قيل» انه بالحيازة يملك المباحات لا المشتركات والخبران يدلان على اشتراك الناس او المسلمين فى الماء فلا يملك بالحيازة «قلنا» انه بعد ماليس المراد بالشركة هو كونه ملكا للجميع والالازم عدم جواز التصرف الاباذن الجميع وهو بديهى البطلان فالمراد هو الشركة فى الانتفاع به فهو من المباحات والناس فيه شرع سواء - فيشمله مادل (٣) على ان من سبق الى مالم يسبق اليه احد فهو له - مضافا الى تسالم الاصحاب عليه بنحو لايبقى مجال للتشكيك .

الثانية انه لااشكال على ماتقدم فى ملكية الماء بالشراء او الحيازة كما لو احرز من المباح فى آنية اوغيرها بقصد التملك فهل يملك الماء بحفر البئر وبلوغ الماء املا «اقول» اما بعد اخراجه من الارض من بئر وعين بنية التملك فملكيته مذهب

(١) المستدرك باب ٤ من ابواب احياء الموات حديث ٢

(٢) الوسائل باب ٥ من كتاب احياء الموات حديث ١

(٣) المستدرك باب ١ من احياء الموات حديث ٤

الاصحاب كما فى المسالك كساير المباحات التى يملكها السابق - وماعن الشيخ من وجوب بذل الفاضل عن حاجته سيأتي الكلام فيه - واماقبل الاخراج فملكيته منسوبة فى غير واحد من الكلمات الى الاصحاب مشعرا بالا جماع عليها وفى الجواهر بل لعله كك نظرا الى السيرة المستمرة - و يمكن توجيهها بان الماء نماء ملكه كلبن الدابة - بل الظاهر انه حيازة للماء نفسه وسبق اليه مالم يسبق اليه مسلم فهو له - وربما يقال ان ملك الارض يقتضى ملك الماء الكا من فيها وان لم يكن من اجزائها - وايضا يشهد به فحوى ما سيجيء من الاخبار المتضمنة لبيع الشرب.

الثالثة ما يقبضه النهر المملوك من الماء المباح - قال الشيخ لايملكه الحافر كما اذا جرى السيل الى ارض مملوكة لانه مباح دخل فى ملكه فيبقى على اصل الاباحة و انما يكون الحافر اولى به لان يده عليه - والمشهور بين الاصحاب بل لم ينقل الخلاف عن غير مبسوط الشيخ انه يملك الماء كما يملك الماء الخارج بحفر البئر والعين و هو الاظهر - لان ذلك انما يكون من قبيل شبكة مثلا لصيد فى انه يعد حيازة و سبقا الى مالم يسبق اليه غيره - وخبر(١) اسماعيل بن الفضل يشهد به - قال سألت اباعبد الله (ع) عن بيع الكلاء اذاكان سيحا فيعمد الرجل الى مائه فيسوقه الى الارض فيسقيه الحشيش وهو الذى حفر النهر وله الماء يزرع به ماشاء فقال (ع) اذا كان الماء له فليزرع به ماشاء وليبعه بما احب.

الرابعة فى بيع الماء - لاخلاف ولااشكال فى جواز بيع الماء المملوك المخرج المعلوم كيله اووزنه اوبالمشاهدة الرافعة للغرر - واماالماء المخرج من الارض من بئر وعين بنية التملك فالمعروف من مذهب الاصحاب انه يجوز جميع التصرفات فيه و نقله الى الغير بعوض - لكن عن الشيخ فى المبسوط انه اوجب على مالكه بذل الفاضل عن حاجته لشربه وشرب ماشيته وزرعه الى غيره بغير عوض اذا احتاج اليه لشربه وشرب ماشيته من السابلة و غيرهم لالسقى الزرع والشجر - و منشأ الاختلاف اختلاف النصوص -

---

(١) الوسائل - باب ٩ من كتاب احياء الموات حديث ٢

اذمنهاماتضمن النهی عن بیعه کموثق(١)ابی بصیر عن ابی عبدالله(ع)نهی رسول الله(ص) عن النطاف والاربعاء قال والاربعاء ان یسنی مسناة فیحمل الماء فیسقی به الارض ثم یستغنی عنه فقال(ع)فلا تبعه ولکن اعره جارک والنطاف ان یکون له الشرب فیستغنی عنه فیقول لاتبعه اعره اخاک اوجارک -وموثق(٢) البصری عنه(ع) نهی رسول الله(ص) عن المحاقلة الی ان قال و النطاف شرب الماء لیس لک اذا استغنیت عنه ان تبیعه جارک تدعه له والاربعاء المسناة تکون بین القوم فیستغنی عنها صاحبها قال (ع) یدعها لجاره و لا یبیعها ایاه- والخبر(٣)عنه(ص)انه نهی عن بیع فضل الماء-والنبوی(۴) من منع فضل الماء لیمنع به الکلاء منعه الله فضل رحمته یوم القیامة و المراد ان الماشیة انما ترعی بقرب الماء فاذا امتنع من الماء فقد امتنع من الکلاء وحازه لنفسه و نحوه خبر(۵)عقبة ومنها مایدل علی جواز البیع - کخبر اسماعیل بن الفضل المتقدم-وصحیح(۶) سعید الاعرج عن ابی عبدالله(ع)عن الرجل یکون له الشرب مع قوم فی قناة فیها شرکاء فیستغنی بعضهم عن شربه یبیع شربه قال(ع) نعم ان شاء باعه بورق وان شاء بکیل حنطة-و حسن(٧) الکاهلی عنه (ع) عن قناة بین قوم لکل رجل منهم شرب معلوم فاستغنی رجل منهم عن شربه ایبیعه بحنطة اوشعیر قال(ع) یبیعه بماشاء هذامما لیس فیه شیء - و نحوه خبر (٨) علی بن جعفر -والجمع بین الطائفتین یقتضی البناء علی کراهة البیع - أو افضلیة عدم اخذ العوض.

ثم انه وقع الخلاف بین المجوزین فی اخذ العوض فی انه هل یصح بیعه ام یتعین فی نقله بعوض من ایقاع معاملة اخری علیه من صلح وشبهه نسب المحقق القمی ره الی

(١-۵) الوسائل باب ٧ من کتاب احیاء الموات حدیث ١-٢

(٢) الوسائل باب ٢۴-من ابواب عقد البیع وشروطه حدیث ۴

(٣) التذکرة ج٢ ص ۴١٠

(۴) المستدرک باب ۶ من احیاء الموات حدیث ۵

(۶-٧-٨) الوسائل باب ۶ - من کتاب احیاء الموات حدیث ١-٢-٣

المشهور عدم جواز البيع ـ وعن الشهيد قده جواز بيعه دائما وعدم جوازه بدون ذلك والاظهر هو الجواز مع المعلومية بمقدار يرتفع به الغرر ـ ولايضر الجهل بالكيل أو الوزن لعدم كون الماء من المكيل والموزون والنصوص المتقدمة شاهدة به وحمل مافيها من البيع على ارادة النقل بعوض بغير البيع المصطلح كما افاده المحقق القمى ره خلاف الظاهر لايصار اليه الامع القرينة وكون بيعه غرريا لايصلح قرينة عليه لمنعه اولا ـ واخصية النصوص عن دليله لو سلم كونه غرريا دائما ثانيا ـ فلا اشكال فى جواز بيعه.

حكم اخراج الرواشن فى الطرق

السادسة (و) المعروف بين الاصحاب انه **(يجوز اخراج الرواشن و الاجنحة فى الطرق النافذة مالم يضر بالمارة ومع الاذن فى المرفوعة وكذا فتح الابواب)** وتمام الكلام ببيان امور.

ـ١ـ قالوا الجناح والروشن يشتركان فى اخراج خشب من الحائط الى الطريق بحيث لايصل الى الجدار المقابل ويبنى عليه ولو وصل فهو الساباط ـ و فى المسالك وربما فرق بينهما بان الاجنحة ينضم اليها مع ماذكر ان يوضع لها اعمدة من الطريق.

ـ٢ـ المدار فى الضرر بالمارة هو العرف ويعتبر فى المارة بمايليق بتلك الطريق عادة ـ فان كانت مما يمر فيه الابل اعتبر فيه مروره محملا و مركوبا وعلى ظهره محملا و ان كانت مما يمر عليه الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لايصدم الرمح على وضعه ممالاعادة.

ـ٣ـ مدرك الجواز فى الطرق النافذة وهى الطرق التى تنتهى الى طريق اومكان مباح يجوز استطراقه ـ انها ليست ملكا لاربابها وانماهى من قبيل الحريم و المتيقن منه ان لهم ولغيرهم الاستطراق فيها ولايجوز مزاحمتهم فى ذلك واما ساير التصرفات فلاوجه للمنع عنها فيجوز اخراج الرواشن والاجنحة وفتح الباب وماشاكل وان تضرر الجار بالاشراف عليه ـ نعم ـ اذا تضرر الجار بذلك ولم يكن فى منعه من الاخراج والفتح ضرر عليه ـ ولافوات نفع لم يجبر لقاعدة لاضرر كمامر ـ

واما الطرق المرفوعة وهى التى لا تنتهى الى طريق اومكان مباح يجوز استطراقه بل اما ان يكون راسه مسدودا بجدار ونحوه او يكون منتهيا الى سد. فقالوا انه لا يجوز اخراج الرواشن والاجنحة وفتح الباب فيها الا باذن اربابها - والمراد بار بابها كل من له اليها باب يخرج منه اليها على وجه شرعى (واستدلوا) لذلك بان المرفوع ملك لاربابه كساير املاكهم فيكون كالمال المشترك لا يصح لاحد من اربابه التصرف فيه الا باذن الباقين سواء كان التصرف باحداث الباب او الساباط او الروشن ام غيرها وسواء اضر بهم ام لم يضر (واستشكل) فيه المحقق الاردبيلى و منع ذلك الا ان يثبت الملكية بوجه شرعى و لو بادعائهم الملكية مع عدم العلم بفساد الدعوى فان الذى علم من التصرف بالاستطراق استحقاقهم ذلك - وحيث ان اكثر الطرق والاستطراق يحصل فى غير الملك فلا امارة للملكية التى هى خلاف الاصل اذ لا فرق بين المسلوك والمرفوع فى الحصول الا ان المترددين فى الاول اكثر - ثم ايد ذلك بعمل الناس عن دخولهم فى هذه السكك و و قوفهم و جلوسهم بدون اذن اربابها من دون نكير قال وهو دليل عدم الملكية بل لو كان ملكا لم يجز لساير الشركاء الدخول بدون اذن الباقين (اقول) يمكن توجيه ما افاده المشهور بان الطريق المرفوع تحت يد اربابه واليد امارة الملكية - ومع الاغماض عنه انه حريم املاكهم والمشهور بينهم ملكية الحريم وان كنا اشكلنا فيه ومع التنزل فلا اقل من انهم احق به من غيرهم وكونه متعلقا لحقهم - فعلى ذلك لا يجوز لاحدهم التصرفات مطلقا الا مع اذن الباقين - الا خصوص الاستطراق اما لان ذلك شرط ضمنى عند جعله طريقا بينهم او لان بعض التصرفات يجوز فى الاملاك للسيرة او غيرها كالصلاة فى الاراضى المتسعة والوضوء من الانهار الكبار فليكن المقام من هذا القبيل وبه يظهر وجه جواز التصرفات المشار اليها لغير اربابه - فما افاده المشهور اظهر .

ثم ان ذلك كله فى التصرف فى الطريق - اما تصرف كل منهم فى ملكه بفتح الروازن والشبابيك فلا اشكال فى جوازه لتسلط الانسان على التصرف فى ملكه بما شاء وان استلزم الاشراف على الجار لان المحرم هو التطلع لا التصرف فى الملك فيستفيد بذلك الاستضائة فى بيته وليس للجار سد ذلك وان كان له وضع شىء فى ملكه يمنع الاشراف - نعم استثنوا

من ذلك فتح باب فيه - كما لو كان لدار حائطها الى الطريق المرفوع - فاراد ان يفتح بابا اليه في ملكه - قالوا لايجوز ذلك دفعا لشبهة استحقاقه المرور منه بعد تطاول الزمان فانه اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور لانه وضع له .

ثم انه اشكل الشيخ ره في مصالحة احد ارباب الطريق الباقين على احداث روشن فيه وعلله بانه لايجوز افراد الهواء بالبيع والصلح متفرع عليه في ذلك - وفي الشرايع وفيه تردد - ولكن لو سلم الاشكال في البيع لامجال للاشكال في الصلح بعد اطلاق ادلته.

الطرق المرفوعة مشتركة بين اربابها

السابعة (و) المشهور بين الاصحاب انه (**يشترك المتقدم والمتاخر في المرفوعة الى الباب الاول وصدر الدرب ويختص المتاخر بما بين البابين ولكل منهما تقديم بابه لا تاخيره**) وعن الشهيد في الدروس تقوية اشتراك الجميع في الجميع واختاره المحقق الاردبيلي ره .

واستدل للاول - بانه في المرفوعة الى الباب الاول - وصدرها هم متساوون في الارتفاق بها ولا اولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لان ادخلية الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح .

واورد عليهم المحقق الاردبيلي قائلا ان دليل المشهور مدخول و الاصل دليل قوي وليس هنا مايدل على اختصاص احد الاستطراق وعدم مرور الغير اليه وهو ليس بدليل لمامر - ولانه لو كان ذلك دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للاخير - ولانه قد يكون المرفوعة واسعة ولايمر الاداخل الافي بعضها - ولانه قد يكون في مقابله ايضا باب فيشكل الاختصاص - ثم انه ره اخذ عليهم التناقض بين كلامهم هذا وبين ماذكروه من ان المرفوعة لكل من فيها ارضها و هوائها لا يجوز لاحد منهم اخراج الرواشن والاجنحة والساباط والميزاب حتى فتح الباب الجديد لغير الاستطراق بدون اذن الجميع و يجوز مع اذنهم فان هذه الاحكام تدل على عدم الاختصاص لاحد

وايضا حكمهم بجواز اخراج الاقدم ببابه في المشترك يقتضي جواز ادخال الادخل ببابه في الفاضل لانه ايضا مشترك وهم منعوا عنه.

اقول يرد على مامر منه ماتقدم منا. ويرد على الوجه الثاني ماافاده الشهيد الثاني ره بان ثبوت ملك شيء لايتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لاحق له في تلك الطريق فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم وعلى الثالث ان امارة الملكية ليست هي المرور بل كون الشيء تحت استيلائه والطريق الواسع كك وان كان في المرور يمر على بعضه - وعلى الرابع انه لو كان في مقابله ايضا باب كانا مشتركين فيه - واما التناقض الاول الذي ذكره فيمكن دفعه بان مراد الاصحاب من كون المرفوعة ملكا لاربابها ليس كونها ملكا لجميع الارباب بنحو الاشاعة في الجميع بل مرادهم انها ليست مثل النافذة التي ليست ملكا لاحد ومرادهم باربابها جنس الجميع لا العموم الافرادي فلا ينافي مع كون بعضها ملكا لبعضهم خاصة - واما قوله ره وايضا حكمهم بجواز اخراج الاقدم... الخ فيرده منع الملازمة ومنع كون العلة في الاول هو مجرد الاشتراك حتى يتم في الفرع بل لانه اسقاط لحقه السابق الثابت من دون تصرف جديد في مال الشريك فهو تصرف بعض في حقه المشترك بخلاف ادخال الباب في الفاضل فان الاستحقاق فيه ليس من جهة العبور بل من جهة كونه من المرافق المحتاج اليها احيانا لحط الاثقال ونحوه والتصرف على نهج يوجب استحقاق العبور فيه من دون الشركاء تصرف في المشترك بدون الاذن واسقاط لبعض حق الشركاء - نبه على ذلك المحقق القمي ره.

(و) مما ذكرناه في المسألة المتقدمة يظهر انه(**لو اخرج الرواشن في النافذة فليس لمقابله منعه وان استوعب عرض الدرب و**) انه (**لو سقط فبادر مقابله لم يكن للاول منعه**) لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب اولوية فاذا زال زالت - اللهم الا ان يقال ان الهواء يملك مستقلا فباخراج الروشن حازه المخرج وملكه ولا مزيل له. والمسألة محتاجة الى التامل.

وضع الجذوع على حائط الجار

الثامنة اذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره لم يجب على الجار اجابته - بلا خلاف وفى المسالك هذا عند نا موضع وفاق - لما دل(١) على انه لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه .

(و) لكن (**يستحب للجار وضع خشبة جاره على حائطه مع الحاجة**) لما روى(٢) عنه (ص) لا يمنعن احدكم جاره ان يعرز خشبه فى حائطه - وفى خبر (٣) اخران الجار يضع جذوعه فى حائط جاره شاء ام ابى - المحمولين على الاستحباب سيما مع عدم ثبوت صحتهما .

(و) انما الكلام فيما ذكره جماعة - من انه (**لو اذن جاز الرجوع قبل الوضع اما بعده فبالارش**) - ومورد الكلام امور .

الاول بعد ما لا كلام فى انه يجوز الرجوع قبل الوضع اختلفوا فى الرجوع بعد الوضع وقد منع عنه الشيخ والاتباع - واستدلوا له بان الاذن فى مثل ذلك يقتضى الدوام كالاذن فى دفن الميت فى الارض - و بلزوم الضرر بالنقص حيث يفضى الى خراب ملك الماذون - ولكن يرد على الاول ان كون الاذن مقتضيا للدوام لا يستلزم عدم جواز الرجوع بعد كونه من قبيل العارية التى هى غير لازمة - والقياس بالاذن فى دفن الميت مع الفارق ان قلنا بحرمة النبش فى هذا المورد والا فيجوز الرجوع فى المقيس عليه ايضا - وعلى الثانى ان الضرر لا يصلح للزوم الاذن سيما بعد كونه مقدما عليه فانه مع العلم بالجواز اقدم عليه - فالاظهر هو جواز الرجوع .

---

(١) الوسائل باب ٣ - من ابواب مكان المصلى - وباب ١ - من ابواب القصاص فى النفس والمستدرك ج١ ص ٢١٢

(٢) اخرجه البخارى ج٣ ص١٦٤ كتاب المظالم والغصب ورواه مسلم ج٥ ص٥٧

(٣) رواه الخرائطى من مكارم الاخلاق من حديث ابى هريرة كما عن المغنى

الثاني انه على تقدير الجواز هل ينقض مجانا او مع الارش قولان- اختار المصنف ره هنا والمحقق في الشرايع والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم في غيرها الثاني- واستدل له بانه بناء محترم صدر بالاذن فلايجوز قلعه الا بعد ضمان نقضه - و بان فيه جمعا بين الحقين - وبانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف - ولكن كون البناء محترما صادرا بالاذن الجائز ليس من موجبات الضمان لما مر من انه مجرد كونه محترما مالم ينطبق عليه احد العناوين المضمنة من اليد والاتلاف والاستيفاء ليس من موجبات الضمان - وكونه جمعا بين الحقين فرع ثبوت حق له في الابقاء والكلام الان فيه - وكونه سبب الاتلاف بعد كون اذنه مما يجوز الرجوع فيه ووساطة اختيار الفاعل المختار ممنوع فالاظهر عدم الضمان.

الثالث انه على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت الات الواضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبنيان على ان مدرك ثبوت الضمان هو الوجه الاول والثاني - او الثالث فعلى الاولين الاول وعلى الثالث الثاني كما لا يخفى -

فروع التنازع

التاسعة - في جملة من فروع التنازع - منها (**ولو تداعيا جدارا**) بين ملكيهما (**مطلقا**) والمراد بالاطلاق هنا ان لا يكون مقيدا بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعا كاتصاله باحدهما اتصال ترصيف بتداخل الاحجار أو كون اس الجدار له أو كونه مبنيا على جذع داخل في بنائه او كون وجه الجدار اليه بزيادات فيه من طرفه وما شاكل - فان كان الجدار في يديهما اولم يكن لاحدهما يد عليه (**فهو للحالف مع نكول الاخر**) فانه اذا كان في يديهما مقتضى اليد هو الشركة فعلى كل منهما الحلف على ما يدعيه الاخر من كون مجموع الجدار له فان حلف احدهما دون الاخر ثبت ما يدعيه - وان لم يكن في يديهما فيحتمل الشركة من غير الحلف - ويحتمل كونه من باب التداعي وعلى التقديرين حيث انه من المعلوم عدم خروجه عنهما بل هو اما لهما او لاحدهما - فلو حلف احدهما مع نكول الاخر ثبت به حقه (**ولو حلفا او نكلا فلهما**) لليد - او العلم بعدم خروجه عنهما ولا ترجيح لاحدهما على

الاخر فيحكم بالتنصيف هذا كله مع عدم البينة لاحدهما والافيحكم بانه له للبينة

(و لو اتصل ببناء احدهما) اتصال ترصيف **(او كان له عليه طرح)** من قبة اوغرفة او نحو تلك مما يكون لاحدهما اختصاص به **(فهو له مع اليمين)** ان لم يكن للاخر بينة لصدق كون اليد له بذلك ـ ويمكن ان يستدل له بصحيح(١) منصور بن حازم عن ابى عبدالله عليه السلام عن خص بين دارين فزعم ان عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قبله القماط المعتضد بخبر(٢) عمرو بن شمر عن جابر عن ابى جعفر عليه السلام عن ابيه عن جده عن على عليه السلام انه قضى فى رجلين اختصما اليه فى خص فقال عليه السلام ان الخص للذى اليه القماط وقد عمل معظم الاصحاب بهما ـ ودعوى انهما قضية فى واقعة كما عن النافع ـ بعد كون الامام عليه السلام ينقلها فى مقام بيان الحكم ـ كما ترى .

ثم انه لا اشكال **(و)** لا خلاف فى انه لا يجوز ان **(يتصرف الشريك فى الحائط)** كما لا يجوز له التصرف فى ساير الاموال المشتركة من الدار **(والدولاب والبئر والنهر)** وما شاكل ـ **(بغير اذن شريكه)** لعدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه ـ نعم قدمر انه لادليل على حرمة الانتفاع بمال الغير ان لم يعد تصرفا كالاستضائة بنور الغير وربما يشتبه الامر فى انه من التصرف ام لا كاسناد المتاع الى الحائط مع انتفاء الضرر ومقتضى اصالة البرائة هو الجواز فى الموارد المشكوك فيها .

(و) لو انهدم الجدار **(لا يجبر الشريك على العمارة)** اذ لا يجب على الانسان عمارة جداره المختص فضلا عن المشترك ـ وهذا لا كلام فيه ـ انما الكلام فى انه هل تتوقف العمارة على اذن الشريك كما لعله المشهور ام يجوز له البناء وان نهاه كما عن الشيخ ـ ام يفصل بين اعادته بالالة المشتركة فالثانى و بين اعادته بالة من عنده فالاول ـ والاظهر هو الاول لعدم جواز التصرف فى ملك الغير بغير اذنه ـ و استدل للثانى بانه نفع واحسان فى حق الشريك فلا يشترط رضاه ـ حيث انه يعمر حائطه ولا يغرمه فى نفقته ولا ضرر فيه عليه ـ وفيه ان ايصال النفع الى الغير والاحسان اليه بغير التصرف فى ماله حسن ومطلوب

(١-٢) الوسائل باب ١٤ من كتاب الصلح حديث ١-٢

ومع التصرف في ماله حيث ينطبق عليه عنوان قبيح فلا يكون حسنا، واستدل للثالث بانه على الاول يبقى شريكا كالاول - بخلافه على الثاني - وقد ظهر مما مر ما فيه .

(**و**) منها انه لو تنازع صاحب العلو والسفل في جدارهما ف (**القول قول صاحب السفل في جدران البيت وقول صاحب العلو في السقف وجدران الغرفة والدرجة**) كما هو المشهور بين الاصحاب و قيل باشتراكهما في جدار السفل اختصاص صاحب العلو بجداره - و عن الشيخ ره و الشهيد اشتراكهما في السقف فهاهنا احكام - ١ - لو تنازعا في جدران البيت فالظاهر تقديم قول صاحب السفل لان جدران البيت جزئه فيحكم بها لصاحبه - ٢ - لو تنازعا في السقف والمراد به الحامل للغرفة المتوسط بينها و بين البيت - فقد استدل لتقديم قول صاحب العلو بان الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير سقف وهما متصادقان على ان هنا غرفة فلابد من تحققها - وبان تصرفه فيه اغلب من تصرف صاحب السفل - وبه يظهر اندفاع ما استدل به لما ذهب اليه الشيخ والشهيد من اشتراكهما فيه - بانه سقف لصاحب البيت و ارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما واضعف من ذلك ما في الشرايع من الرجوع الى القرعة لانها لكل امر مشتبه - اذ يرد عليه مضافا الى ما مر ان غاية ما هناك كونه تحت يديهما فهما شريكان فيه - ٣ - لو تنازعاً في جدران الغرفة لا اشكال في تقديم قول صاحب العلو لانها جزء من الغرفة فيحكم بها لصاحبها - ٣ - لو تنازعا في الدرجة فالظاهر تقديم قول صاحب العلو لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض التي هي لصاحب السفلى لان مجرد ذلك لا يوجب صدق اليد .

(**فاما الخزانة تحتها فلهما**) - لان لكل منهما شاهدا بملكها - اذ الظاهر كما مر ان الدرجة لصاحب العلو فيكون قرارها كالهواء له - و حيث انها متصلة بما يملكه الاسفل - بل هي من جملة البيوتات السفلى -- فظاهره كونه لصاحب السفل فيحكم بها لهما بعد التحالف .

(**و**) منها ما لو تداعيا في الصحن - قالوا (**طريق العلو في الصحن بينهما والباقي**

للاسفل) و عللوه بان صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه فى التصرف من الصحن فى قدر الممر كان له يدعليه دون باقى الصحن وصاحب السفل يشاركه فى التصرف فى ذلك وينفرد بالباقى فيكون قدر المسلك بينهما لصدق كون يديهما عليه بخلاف الباقى فان يد الاسفل عليه خاصة.

(و) منها انه اذا خرج اغصان شجرة الى ملك الجار. فعلى مالكها عطفها اوقطعها تحرزا من اشغال ملك الغير بملكه .

(و) ان لم يفعل (**للجار عطف اغصان الشجرة فان تعذر قطعها عن ملكه**) لان بقائه عدوان وقاعدة حرمة التصرف فى مال الغير لاتاتى فى دفع الظلم والضرر عنه. ولذا لم يشك احد فى انه اذا دخل بهيمة الغير داره له ان يخرجها منها - نعم يجب عليه اولا مراجعة المالك ثم عطف الاغصان ان امكن -والا يقطعها بل قد يظهر من التحرير ان للمالك الازالة من دون استيذان من مالك الشجرة. بل صرح به المحقق الثانى ره لان ازالة العدوان امر ثابت له وتوقفها على اذن الغير ضرر عليه. ولايخلو عن وجه. وان كان الاول احوط واحوط منه الاستيذان من الحاكم فرارا عن التصرف فى ملك الغير بغير اذنه او اذن من يقوم مقامه مع التمكن والله العالم.

(و)منها ان (**راكب الدابة اولى من قابض لجامها**) كما عن الشيخ و غيره لظهور يد الاختصاص له. ولكن الظاهر انهما سواء كما عن الخلاف والسرائر والمحقق الثانى والشهيد الثانى فى المسالك وغيرهم لثبوت يد كل منهما عليها ولا ترجيح لقوة تصرف الراكب وشدته بالنسبة الى القابض ولا لزيادته - ولذلك ذهبوا الى اشتراك الثوب بين شخصين لكل منهما يد عليه وان كان تصرف احدهما ازيد .

(و) منها انه لو تداعيا غرفة على بيت احدهما و بابها الى غرفة الاخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت لكونها فى ملكه الذى هو هواء بيته التابع لقراره و مجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد يدا عرفا . و هذا هو مراد المصنف ره حيث قال

(**وصاحب الاسفل اولى بالغرفة المفتوح بابها الى غيره مع التنازع واليمين وعدم البينة**) والله العالم والحمدلله اولا وآخرا.

كتاب الديون وفيه فصول الفصل الاول

فى القرض بكسر القاف و فتحها وفى الجواهر وهو معروف اثبته الشارع متاعا للمحتاجين مع رد عوضه فى غير المجلس وان كان من النقدين رخصة ـ ولكنه بيان لاثره

واما حقيقته فقد افاد الشيخ الاعظم فى كتاب البيع بعد ما عرف البيع فى مقام الفرق بينه و بين القرض ـ ان القرض حقيقته ليست هى المعاوضة بل هى تمليك على وجه ضمان المثل او القيمة ـ و يرد عليه ان التمليك المزبور لا يخلو عن احد وجهين ـ اما ان يكون تمليكا بازاء بدله فى الذمة فهو معاوضة حقيقة ـ واما ان يكون تمليكا مجانيا و يشترط فى ضمنه ان تكون الذمة مشغولة بالمثل او القيمة فهذا غير معقول اذ مرجعه الى اشتراط ضمان الانسان لمال نفسه .

فالحق ان يقال ان حقيقة القرض تمليك للعين اى لخصوصياتها مجانا وجعل لماليتها فى الذمة ففى الحقيقة هو ينحل الى انشائين ـ تمليك مجانى بالنسبة الى العين ـ وتضمين لمالية العين واستيمان لها فى ذمة المقترض الى اجل معين. ومما يشهد لكون القرض ماذكر وليس من قبيل المعاوضات امور ـ ١ـ عدم جريان ربا المعاوضة فيه فمن اقترض الريال الذى يساوى اربعة دراهم مثلا ويكون بحسب الوزن اكثر منها ـ له ان يؤدى اربعة دراهم وللمقرض اشتراط ذلك ولم يقل احد بعدم جوازه ولو كان من قبيل المعاوضات لزم عدم جوازه كما لا يجوز فى القرض بيع الريال باربعة دراهم ـ ٢ ـ عدم لزوم ذكر العوض فيه فلو كان من المعاوضات لكان اللازم ملاحظة الطرفين فى مقام انشاء المعاوضة ـ ٣ ـ عدم لزوم العلم بالعوض مع انه فى المعاوضات لابد من العلم به ـ ودعوى ان العين المقترضة اما ان تكون من المثليات ـ او تكون من القيميات وعلى كل حال العوض معلوم و لا يحتاج الى الذكر ـ مندفعة ـ اولا ان بعض الاشياء لا يعلم حين القرض انه مثلى اوقيمى فيقترض المال ويستعلم الحال قبل الاداء ـ وثانيا انه ربما يعلم انه قيمى ولكن لا يعلم مقدار القيمة ـ ٤ ـ ماذكره جماعة من عدم جريان الغرر المنفى فيه :

ثم انه لا اشكال ولا خلاف فى انه من العقود و يحتاج الى ايجاب و قبول

و الكلام فى قيود العقد و المتعاقدين ما مر فى غير كتاب من الكتب المتقدمة وتمام الكلام فى هذا الفصل بالبحث فى مواضع -الاول -فيما يتعلق بالقرض نفسه وفيه مسائل .

وجوب نية القضاء حين الاستدانة

الاولى **(يكره الدين مع القدرة)** على المشهور بين الاصحاب وعن الحلى عدم جواز الاستدانة لغير الواجب من الحج وغيره من الواجبات - ويشهد للجواز جملة من النصوص كخبر (١) ابى موسى قلت لابى عبدالله عليه السلام جعلت فداك يستقرض الرجل و يحج قال نعم قلت يستقرض و يتزوج قال نعم انه ينتظر رزق الله غدوة وعشية ونحوه غيره - والشاهد بالكراهة جملة من الاخبار الاتية -

(ولو استدان وجب نية القضاء) كما هو المشهور بينهم - بل قال الشهيد الثانى ره وجوب نية القضاء ثابت على كل من عليه حق سواء كان ذو الحق غايبا ام حاضراً لان ذلك من احكام الايمان انتهى والاخبار تدل عليه - لاحظ خبر (٢) عبد الغفار المجازى عن ابى عبدالله (ع) عن رجل مات وعليه دين قال(ع) ان كان اتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذه الله عزوجل اذا علم من نيته الامن كان لا يريد ان يؤدى عن امانته فهو بمنزلة السارق الحديث وخبر (٣) ابى خديجة عنه عليه السلام ايما رجل اتى رجلا فاستقرض منه مالا وفى نيته ان لا يؤديه فذلك اللص العادى - و مرسل (٤) ابن فضال عن بعض اصحابه عنه (ع) من استدان دينا فلم ينو قضائه كان بمنزلة السارق - ونحوها غيرها و لا ينا فيهما -- خبر (٥) حمدان بن ابراهيم الهمدانى رفعه الى بعض الصادقين

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب الدين القرض حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٥ - من ابواب الدين والقرض حديث - ١-٥-٣

(٥) الوسائل-باب ٢ من ابواب الدين والقرض حديث ٤

عليهم السلام - انى احب للرجل يكون عليه دين ينوى قضائه - لعدم ظهوره فى الاستحباب .

ثم انه وان كره الدين - الا ان فى الاقراض ثوابا عظيما لانه من اعانة المحتاج تطوعا وكشف كربة المسلم بل **(و ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة)** ففى النبوى(۱) المروى بطريق معتبر الصدقة بعشرة و القرض بثمانية عشر - و فى موثق (۲)ابن عمار عن الصادق (ع) مكتوب على باب الجنة الصدقة بعشرة و القرض بثمانية عشر - قال الشيخ وروى (۳) انه افضل من الصدقة بمثله والظاهر تعلق الضمير فى مثله بافضل فالمعنى ان ثواب القرض ضعف ثواب الصدقة (لا يقال) ان الخبر الاخير ينا فى ماتقدمه فان لازمه كون القرض بعشرين (فانه يقال) ان المضائفة انما هى فى الثواب فاذا تصدق بدرهم فانه انما يصير عشرة باعتبار ضم الدرهم للمتصدق به حيث انه لا يرجع - والحاصل من الثواب المكتسب فى الحقيقة انما هو تسعة فثواب القرض اذا كان ضعفه كان ثمانية عشر ولا - يعارضها النبوى (۴) الخاصى الف درهم اقرضها مرتين احب الى من ان اتصدق بها مرة - كى يجمع بينهما با لوجوه المذكورة فى المسالك - لعدم دلالة النبوى على رجحان الصدقة عليه اذ ظاهره ان المراد به كون وجه رجحان القرض على الصدقة ان القرض يعود فيقرض بخلاف الصدقة والله العالم.

حكم اشتراط الزيادة فيه

الثانية **(و يحرم له اشتراط زيادة فى القدر او الصفة)** بلا خلاف فيه فى الجملة

---

(۱) الوسائل باب ۲۰ من ابواب الصدقة حديث ۲ كتاب الزكاة

(۲) الوسائل باب ۱۱ من ابواب فعل المعروف حديث۳ كتاب الجهاد

(۳) التذكرة ج۲ ص۴

(۴) الوسائل باب ۸ - من ابواب الدين والقرض حديث۵

والنصوص الكثيرة شاهدة به - لاحظ خبر (١) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل اعطى رجلا مائة درهم على ان يعطيه خمسة دراهم او اقل او اكثر فقال عليه السلام هذا الربا المحض - وخبر (٢) خالد بن الحجاج سألته عن الرجل كانت لي عليه مائة درهم عددا فقضانيها مائة وزنا قال عليه السلام لا باس مالم يشرط قال وقال جاء الربا من قبل الشروط انما يفسده الشروط - وموثق (٣) اسحاق بن عمار عن ابي ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل المال قرضا فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منفعة فينيله الرجل الشيء بعد الشيء كراهية ان ياخذ ماله حيث لا يصيب منه منفعة ايحل ذلك قال عليه السلام لا باس اذا لم يكن يشرط - وحسن (٤) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطي سودا وزنا وقد عرفت انها اثقل مما اخذ وتطيب به نفسه ان يجعل له فضلها فقال عليه السلام لا باس به اذا لم يكن فيه شرط - وصحيحه (٥) الاخر عنه عليه السلام اذا اقرضت الدراهم ثم اتيك بخير منها فلا باس اذا لم يكن بينكما شرط - وصحيح (٦) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام من اقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها فان جوزي اجود منها فليقبل ولا ياخذ احد منكم ركوب دابة او عارية متاع يشترط من اجل قرض ورقه - الى غير تلكم من النصوص الكثيرة - وتنقيح القول في المقام بالبحث في جهات .

-١- ان الزيادة المشترطة تارة تكون عينية من جنس العين المقترضة او غيرها واخرى تكون غير عينية مما له مالية كسكنى دار او عمل له مالية كخياطة ثوب - و ثالثة تكون غير عينية مما فيه منفعة كاشتراط مصالحة او بيع محاباتي - او فيه غرض عقلائي كاشتراط كنس المسجد او اتيان الصلاة اول الوقت - فهل الموجب للربا مطلق

(١-٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ١٨-١٣

(٢-٤-٥) الوسائل - باب - ١٢ من ابواب الصرف حديث ١-٢-٣

(٦) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ١١

الشرط من حيث انه التزام بشيء فيكون زيادة - ام يختص بماله فيه منفعة اومالية - او مختص بالعينية خاصة و جوه - قد يقال ان الا جماع قائم على ان الربا مطلق الشرط - ولكن يرده ان المحكى عن الحلى والمصنف ره فى القواعد و المحقق الثانى فى جامع المقاصد جواز اشتراط البيع بثمن المثل بل محاباة ايضا - وكذا جواز اشتراط الرهن على القرض بل على دين آخر - و عن جماعة جواز اشتراط ضمان او كفالة او اشهاد فالاتفاق المشار اليه غير ثابت - والحق ان يستدل له بقوله عليه السلام فى خبر خالد جاء الربا من قبل الشرط وانما تفسده الشروط - فان اطلاقه يشمل كل شرط زيادة ودعوى ان المتيقن منه شرط الزيادة العينية - مندفعة - بكونه خلاف الا طلاق - ويعضده قوله عليه السلام فى صحيح محمد بن قيس فلا يشترط الامثلها اذ شرط الزيادة مطلقا ينا فى المثلية .

-٢- حرمة الربا ثابتة بالكتاب (١) والسنة (٢) المتواترة واجماع المسلمين بل ضرورة الدين - وقدمر تفصيل القول فيه فى كتاب البيع .

-٣- لااشكال فى فساد شرط الزيادة وانه لا يملكها - فهل يبطل القرض حتى بالنسبة الى ماعدا الزيادة امهو صحيح بالنسبة الى غيرها بمعنى ان العين المقترضة يملكها المقترض وجهان - المشهور بين الاصحاب - هو الاول بل عن المختلف الاجماع على انه اذا اقرضه شيئا وشرط عليه ان يرد خير امما اقترض كان حراما وبطل القرض وهو الاظهر (لا) لما قيل من ان الربا المنهى عنه هو القرض المشتمل على الزيادة فان الربا هى الزيادة لغة وعرفا (ولا) لان الشرط الفاسد مفسد فانه يدفعه ما تقدم فى الجزء الرابع عشر من هذا الشرح من عدم مفسديته (ولا) لما يروى (٣) ان كل قرض يجر منفعة

---

(١) البقرة آية ٢٧٥ و٢٧٦ و٢٧٨ آل عمران آية ١٣١

(٢) راجع الوسائل كتاب التجارة ابواب الربا

(٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٤ -.

فهو فاسد. وعن (١) دعائم الاسلام عن ابی جعفر عليه السلام كل قرض يجر المنفعة فهوربا - والنبوی (٢) كل قرض يجر المنفعة فهو حرام - فانه مضافا الى انه دلت النصوص (٣) الكثيرة على ان خير القرض ماجر نفعا وفی خبر (۴) محمد بن مسلم يقول لابی عبدالله عليه السلام ان من عند نا يروون ان كل قرض يجر منفعة فهوفاسدفقال عليه السلام او ليس خير القرض ماجر منفعة - ان الاول والثالث من غير طرقنا والثالث مرسل - فلايعتمد على شیء من تلكم الاخبار (ولا) لقوله عليه السلام فی صحيح محمد ولا يشترط الامثلها - فان متعلق النهی فيه هوالشرط لاالقرض (بل) لقوله عليه السلام فی خبر (۵) علی بن جعفر مشيرا الى القرض مع الزيادة هذا الربا المحض لقوله عليه السلام فی خبر خالد بن الحجاج المتقدم جاء الربا من قبل الشروط وانماتفسده الشروط. فتوقف صاحب الحدائق ره فی بطلان القرض وافتاءسيدالعروة بعدم البطلان فی غير محلهما.

-۴- بناء على المختار من بطلان القرض - فهل يجب رد المال الى صاحبه - ام يجوز امساكه بل التصرف فيه - ثم انه على التقديرين هل يكون ضامنا له لوتلف ام لا - اما الاول - فان كان المقرض المسلط للمقترض على ماله راضيا بالفعل فی التصرف فی ماله حتى مع فساد القرض كما لوعلم بالفساد و سلطه عليه كك فلا اشكال فی جواز التصرف وان لم يكن راضيا بالرضا الفعلی ولكن كان راضيا بالرضی التقديری بمعنی انه لوكان عالما بالفساد وان المال باق فی ملكه كان راضيا بالتصرف فيه - جاز التصرف بناء على كفاية الرضا التقديری فی حلية التصرف والافلايجوز لمادل (۶) على عدم جواز التصرف فی مال الغير الا عن طيب نفسه. ودعوی - ان فساد القرض لايوجب زوال الرضا بالتصرف الذی كان فی ضمن العقدلان الجنس لايتقوم

---

(١) المستدرك باب ١٩ من ابواب الدين و القرض حديث ٢

(٢) الجامع الصغير ج ٢ ص ٩۴

(٣-۴-۵) الوسائل باب ١٩ -من ابواب الدين والقرض حديث ۴- ٠- ١٨

(۶) الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلی و المستدرك ج ١ ص ٢١٢

بفصل خاص - مندفعة اولا - بان الرضا من قبيل مايكون مابه اشتراكه عين مابه امتيازه فاذالم يترتب على الرضا الموجود فى ضمن المعاملة اثروالمفروض انه ليس هناك رضا آخر فلا مورد للقول بالجواز - وثانيا - ان الرضا معلق على الشرط والمشروط ينتفى بانتفاء شرطه .

واما الثانى فالاظهر هو الضمان بالتلف - لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - واولى بذلك الضمان مع الاتلاف ولافرق بين علم المقرض بالفساد و عدمه (فان قيل) ان الدافع ماله العالم بفساد القرض لامحالة يكون دفعه تسلطا مجانيا وامانة مالكية ويكون مقدما على هتك حرمة ماله فلاضمان (قلنا) انه يكون الدفع بعنوان الاستحقاق الذى بنى عليه تشريعا وبعبارة اخرى بعد تصوير ذلك يكون هذا هومحل البحث واما اذا سلطه مجانا فلا كلام فى عدم الضمان - وتسليط الدافع العالم لايجعلها امانة مالكية لانه دفعه على انه ملك المدفوع اليه ولم يقدم على هتك حرمة ماله بل اقدم على التضمين و كذا الاخذ - فالاظهر هوالضمان بالاتلاف و التلف بالنسبة الى المال والزيادة (ولكن) المنسوب الى المشهور اطلاق القول بكفاية رد الزايد من غير فرق بين صورة و جود المال و بين تلفه بل نفى بعضهم عنه الخلاف فيه بل عن المقداد والكركى الاجماع عليه - واستدل له بالاجماع - و بالاية الكريمة (١) «ياايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا مابقى من الربا ان كنتم مؤمنين فان لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله فان تبتم فلكم رؤوس اموالكم » و قد مر الكلام فيه فى كتاب البيع وعرفت عدم تماميته .

تبرع المقترض بالزيادة

ثم ان هذا كله مع اشتراط الزيادة (و) اما بدونه فالزيادة التى يحرم اشتراطها فى القرض (**يجوز قبولها من غير شرط**) بلا خلاف اجده كما فى الجواهر - ويشهد به

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٩

مضافا الى النصوص المتقدمة خبر (١) اسحاق بن عمار عن ابى الحسن (ع) يكون له مع الرجل مال قرضا فيعطيه الشيء من ربحه مخافة ان يقطع ذلك عنه فياخذ ماله من غير ان يكون شرط عليه قال (ع) لاباس بذلك (به خ ل) مالم يكن شرط - وخبر (٢) ابى الربيع عن ابى عبد الله (ع) عن رجل اقرض رجلا دراهم فرد عليه اجود منها بطيبة نفسه وقد علم المستقرض و القارض انه انما اقرضه ليعطيه اجود منها قال (ع) لاباس اذا طابت نفس المستقرض - وصحيح (٣) عبدالرحمان بن الحجاج عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يقترض من الرجل الدراهم فيرد عليه المثقال او يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم فقال عليه السلام اذا لم يكن شرط فلاباس ذلك هو الفضل ان ابى عليه السلام كان يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليه الدراهم الجياد الجلال فيقول يابنى ردها على الذى استقرضتها منه فاقول ياابة ان دراهمه كانت فسولة وهذه خير منها فيقول يابنى هذا هو الفضل فاعطه اياها - وفى الجواهر وكانه اشار الى قوله تعالى (٤) «ولا تنسوا الفضل بينكم» فيكون هو ايضا دليلا آخر على المطلوب - الى غير تلكم من النصوص .

وربما يتوهم معارضة جملة من النصوص لها - منها - صحيح (٥) يعقوب بن شعيب عن الصادق (ع) فى حديث عن الرجل ياتى حريفه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه ولولا ان يخالطه ويحارفه ويصيب عليه لم يقرضه فقال (ع) ان كان معروفا بينهما فلاباس وان كان انما يقرضه من اجل انه يصيب عليه فلا يصلح - فقد حمله الشيخ ره تارة على الكراهة - و اخرى على الشرط - وفى الحدائق والاقرب عندى حمله على التقية - و الحق انه لاظهور له فى عدم الجواز فالمتيقن منه هو الكراهة سيما بعد ملاحظة

---

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٣

(٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب الصرف حديث ٤-٧

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٧

(٥) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٩

النصوص المتقدمة - ومع امكان الجمع العرفي لامجال لحمله على التقية - وحمله على صورة الاشتراط خلاف ظاهره - ومنها - خبر (١) غياث عنه (ع) ان رجلا اتى عليا عليه السلام فقال ان لي على رجل دينا فاهدى الى هدية قال عليه السلام احسبه من دينك عليه - فحمله الشيخ ره على الهدية غير المعتادة أو المشترطة - و الاولى حمله على الاولوية جمعا و موثق (٢) اسحاق شاهد به - ومنها خبر (٣) هذيل بن ابي حيان اخي جعفر بن حيان الصيرفي قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اني دفعت الى اخي جعفر ما لا فهو يعطيني ما انفقه و احج به و اتصدق وقد سئلت من قبلنا فذكروا ان ذلك فاسد لايحل وانا احب ان انتهي الى قولك فقال عليه السلام لي اكان يصلك قبل ان تدفع اليه مالك قلت نعم قال عليه السلام خذ مايعطيك فكل منه واشرب وحج وتصدق فاذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد افتاني بهذا - فان ظاهره تخصيص الجواز بما اذا كان يصله سابقا قبل دفع ماله اليه ومفهومه عدم الجواز لو كان بعد دفع المال وليس ذاك الا من حيث ترتب النفع على دفع المال و لكنه لو تم له المفهوم يحمل على الكراهة - ثم انه قد يقال ان البناء على الكراهة - ينافي مع جملة من النصوص الظاهرة في الاستحباب - مثل قولهم عليهم السلام (٤) خير القرض ماجر المنفعة - و ما روى (٥) ان النبي صلى الله عليه وآله اقترض بكر افرد جملا جبار ارباعيا وقال ان خير الناس احسنهم قضاء - وصحيح عبدالرحمن ابن الحجاج المتقدم - ولذلك صرح الشهيد الثاني ره بعدم الكراهة - وقد يجمع بين النصوص بحمل ما دل على عدم الكراهة على ما اذا لم يكن من نيتهما ذلك او لم يكن من نية المقترض خاصة - وهو المحكي عن الشهيد في الدروس - ولعله خير ما ذكر في مقام الجمع والله العالم .

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب الدين والقرض حديث ١-٣-٢،

(٤) الوسائل - باب ١٩ من ابواب الدين والقرض

(٥) التذكرة ج ٢ س ٤

اشتراط موضع التسليم

ثم ان المحكى عن المحقق الاردبيلى ره الميل الى عدم الباس باشتراط الزيادة الحكمية مطلقا حاكيا له عن جماعة للاصل واطلاق الادلة خصوصا نصوص خير القرض ما جر نفعا بعد عدم الاجماع وعدم ظهور تناول دليل الربا بل دلالة اكثر اخبار المنع انما هى بمفهوم الباس الذى هو اعم من الحرمة وفيه- مضافا الى ما مر -من شمول دليل الربا له الى وخصوص صحيح محمد بن قيس وغيره وبها يقيد اطلاق الادلة -ان الباس ظاهر فى الحرمة كما مر مرارا .

نعم **(و)** قد صرح جماعة منهم المصنف ره هنا و القواعد - باستثناء ما **(لو شرط موضع التسليم)** عن ذلك وانه لو اشترط صح الشرط و **(لزم)** لخبر (١) يعقوب ابن شعيب قلت لابى عبدالله عليه السلام يسلف الرجل الورق على ان ينقدها اياه بارض اخرى ويشترط عليه ذلك قال عليه السلام لا باس -وخبر (٢) اسماعيل بن جابر قلت لابى عبدالله عليه السلام يدفع الى الرجل الدراهم فاشترط عليه ان يدفعها بارض اخرى سودا بوزنها واشترط ذلك عليه قال عليه السلام لا بأس -وخبر (٣) الكنانى عن الصادق عليه السلام فى الرجل يبعث بمال الى ارض فقال الذى يريد ان يبعث به اقرضنيه و انا اوفيك اذا قدمت الارض قال عليه السلام لا باس بهذا - ونحوها غيرها (ولكن) قد يقال ان خبر الكنانى لا ظهور له فى اشتراط ذلك فى ضمن القرض فغايته الاطلاق - واما الاولان فلا ظهور لهما فى خصوص القرض فهما ايضا باطلاقهما شاملان للقرض - فح ان كان الشرط لمصلحة المقرض يقع التعارض بينها وبين ما تقدم من بطلان القرض مع الشرط والنسبة عموم من وجه ولكن الظاهر هو تقديم هذه النصوص لفتوى من تعرض للمسالة من الاصحاب (اللهم) الا ان يقال ان المرجح هو الشهرة لا فتوى خصوص من تعرض لها من الاصحاب

(١-٢-٣) الوسائل -باب ١٤ من ابواب الصرف حديث ١-٥-٢

فان لم يحرز الشهرة يكون المرجع المرجح الثانى وهو صفات الراوى وهى تقتضى تقديم ادلة البطلان ـ فالمسألة مشكلة (فما) عن جامع المقاصد من احتمال الفساد مع كون المصلحة للمقرض لجر النفع ناسباله الى تصريح الشهيد به فى بعض فوائده ـ متين ـ وان كان ماذكره فى مقام رده بان الممنوع منه الزيادة فى مال القرض عينا اوصفة وليس هذا واحداً منهما ـ قد عرفت فى اول هذه المسألة فساده ـ

اشتراط الزيادة للمقترض

الثالثة ـ لوكان الشرط نفعا للمستقرض دون المقرض كما اذا اشترط اعطاء الدراهم المكسرة عوض الصحاح أواشترط عليه ان يقرضه شيئاً آخر أونحو ذلك جاز كما هو المشهور بين الاصحاب بل لم ينقل الخلاف الاماعن الشهيد فى الدروس من احتمال المنع فى الثانى مع فرض النفع له كما اذا كان الزمان زمان نهب اوغرق ـ ومستند الحكم اطلاقات ادلة القرض ودليل وجوب الوفاء بالشرط بعد اختصاص دليل الربا بالشرط للمقرض ـ واما ما احتمله الشهيد فيدفعه اطلاقات الادلة بعد الشك فى شمول ادلة المنع له كمالا يخفى .

بقى فى المقام امران ـ احدهما ـ انه اذارد المقترض المال مع الزيادة تبرعا امازيادة حكمية اوعينية فهل يجب القبول كما عن المصنف ره فى الزيادة الحكمية وتبعه المحقق الارد بيلى ره ـ لاصالة برائة ذمة المقترض ـ ولانه يندرج تحت مثل المال وان تضمن زيادة ـ ولظهور النصوص فى ان ذلك وفاء وان كان هو احسن افراده ام لايجب القبول ـ لانه ليس فى النصوص الاجواز القبول وهو اعم من الوجوب ـ و لكراهة اخذ الزيادة للمقترض وان كانت و صفية و هى لا تجامع الوجوب و جهان اظهرهما الثانى .

ثانيهما انه اذا كانت الزيادة عينية كمالو دفع اثنى عشر من عليه عشرة فهل المجموع و فاء بناء على انه معاوضة عمافى الذمة ـ غايته كونه متفاضلا و هو جائز بالشرط وهو عدم الشرط ـ اويكون الزايد بمنزلة الهبة فيلزمه حكمها من جواز

الرجوع فيه على بعض الوجوه - احتما لان - اعترف الشهيد الثانى بعدم الوقوف فيه على شيء ولكنه استوجه الثانى خصوصا مع حصول الشك فى انتقال الملك نظرا الى ان الثابت انما هو مقدار الحق فالزائد تبرع خالص واحسان محض وعطية منفردة وفى الجواهر لكن يشكل مع عدم تعيين الوفاء منها كما انه يشكل جعله من المعاوضة عما فى الذمة بناء على عموم الربا فلاريب ان الاحوط والاقوى فى الرباتعيين الوفاء ثم هبة الزايدانتهى (اقول) الظاهر عدم اختصاص ربا المعاملة بالبيع و شموله لمطلق المعاوضة - ولكن وفاء الدين ليس من المعاوضات بل هو من قبيل التعاوض اذا لم يكن بعنوان المعاوضة من صلح او غيره بل كان بعنوان الوفاء بالمجموع - وشمول اخبار الربا للتعاوض ممنوع - بل قد يقال - ان قوله عليه السلام خير القرض ماجر نفعا الشامل للزيادة العينية يدل على الجواز - و كك حسن الحلبى المتقدم فيمن يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى سودا و قد عرف انها اثقل مما اخذ لاباس اذا لم يكن شرط ولووهبها كملا كان اصلح - وخبر خالد المتقدم - ولكنه مع ذلك كله فى النفس شيء لدلالة بعض النصوص على كونه ربا - لاحظ صحيح (١) الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام قال وسئل عن الرجل يشترى الحنطة ولايجد عند صاحبها الاشعيرا ايصلح له ان ياخذ اثنين بواحد - قال عليه السلام لا انما اصلهما واحد - وصحيح (٢) هشام عنه عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل الطعام الاكرار فلايكون عنده مايتم له مما باعه فيقول له خذ منى مكان كل قفيز حنطة قفيزين من شعير حتى تستوفى مانقص من الكيل قال عليه السلام لايصلح - و نحو هما غير هما - اللهم الا ان يحمل هذه النصوص على المعاوضة والمبادلة لا الوفاء خاصة (فالمتحصل) مماذكرناه انه لامانع من اخذ المجموع وفاء وان كان الاحوط اعطاء الزايد هبة -

---

(١-٢) الوسائل باب ٨ من ابواب الربا حديث ٤ - ١

ضابط مايصح اقراضه

الثاني - فيما يصح اقراضه ففي المتن وعن المحقق (**و كل ما ينضبط وصفه و قدره صح قرضه**) وهذا بالنسبة الى الاثبات اى صحة قرض مضبوط الوصف والقدر مما لااشكال فيه و لاخلاف لاطلاق الادلة - انما الكلام في طرف النفي - وهو ان كلما لايضبط وصفه ولاقدره لايجوز قرضه - وقد استدل لذلك تارة بالاجماع - و اخرى بان المعلوم من مذاق الشارع انه لم يشرع معاملة موقوفة على التراضي مؤدية الى التنازع ضرورة ان الاصل في مشروعية العقود قطع النزاع - وثالثة - بعموم النهي(١) عن الغرر - ولكن الاول غير ثابت كيف ولم يتعرض جمع من الاصحاب كبني زهرة وحمزة وادريس وغيرهم له - وظاهر جماعة عدم اعتبار ذلك - واما الثاني فيرده ان ماذكر ليس موجبا للقطع بالحكم الشرعي والظن لايغني من الحق شيئا - واما الثالث ففيه انه لاغرر فيه بعد كون الثابت في الذمة مثله اوقيمته بلا زيادة ونقيصة - فالاقوى عدم اعتبار ذلك فيجوز اقتراض المجهول وصفا وقدرا ثم تعيينه مقدمة للوفاء - ويؤيده ماذكرناه من النصوص(٢) الدالة على جواز اقتراض الخبز عددا مع عدم العلم بوزنه فتدبر.

ثم انه لاخلاف ولا اشكال في انه يجوز اقتراض المثلي بل عليه الاجماع ونصوص(٣) اقتراض الخبز والجوز شاهدة به - وقدمر في كتاب الغصب ضابط المثلي والقيمي.

ثم انه اذا تحقق القرض فـ(**ذو المثل يثبت في الذمة مثله**) بلاخلاف(**و**) اما (**غيره**) فالمشهور على انه يثبت في الذمة (**قيمته**) وفي الشرايع ولو قيل يثبت مثله ايضا كان حسنا - وظاهر كلامه اختياره واعترف الشهيد الثاني ره بانه لاقائل به من اصحابنا

---

(١) التذكرة ج١ ص٤٦٦

(٢) الوسائل - باب ٢١ من ابواب الدين والقرض

(٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب الدين والقرض

وفى التذكرة اختيار قول ثالث وهو ان مايصح السلف فيه كالحيوان و الثياب ضمانه يكون بالمثل وضمان ما ليس كذلك بالقيمة (اقول) بعد مالاريب فى ان القرض من المعاملات العقلائية المعروفة المعلومة والشارع الاقدس لم يتصرف فيه وانما اعتبر فيه قيودا ـ وعليه فاذا راجعنا اهل العرف نراهم يرون القرض قسما من الضمانات وان توقف على التراضى ـ وعليه فجميع ماذكرناه فى كتاب الغصب فى ضمان المغصوب جارية هنا طابق النعل بالنعل ـ وانما الفرق بينه وبين ساير الضمانات تمليك الخصوصيات الشخصية فى باب القرض مجانا وهذا لايوجب الفرق بينه وبين ساير الضمانات فى احكامها وانما يوجب الفرق فى انه فى ساير الموارد نفس العين فى العهدة وهنا العين مع الغاء الخصوصيات الشخصية وهو المثل فما افاده المحقق ره من كون المثل فى العهدة مطلقا هو الاظهر ولكن الخروج عن عهدة ذلك فى القيميات بالقيمة وفى المثليات بالمثل كساير الموارد ـ واما رواية (١) عائشة مارأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به الى رسول الله (ص) فاخذ فى الاكل فكسرت الاناء فقلت يارسول الله ماكفارة ماصنعت فقال اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام ـ وخبر (٢) انس ان امرأة كسرت قصعة اخرى فدفع النبى (ص) قصعة الكاسرة الى صاحبة المكسورة فهما ضعيفان سندا ـ وفى مطلق الضمان دون خصوص القرض ـ مع انهما متضمنان لقضيتين شخصيتين فلعله كان الغريم راضيا بذلك ـ كما ان ما (٣) استدل به المصنف فى التذكرة من ان النبى (ص) استقرض بكرا ورد بازلا ـ وانه ص استقرض بكرا فامر برد مثله ـ لعدم روايتهما من طرقنا ولا من طريق موثق لايعتنى به اضف اليه انهما ايضاً حكاية فعل ـ فاذاً ليس فى المقام رواية تشهد بخلاف ما يقتضيه قواعد باب الضمان ـ والله العالم ـ ومما ذكرناه يظهر ان الميزان فى القيمى هو القيمة (**وقت التسليم**) كما فى ساير الموارد .

(١ـ٢) التذكرة ج٢ص٣٨٣ (٣) التذكرة ج٢ص٥

القرض يملك بالقبض

الموضع الثالث في الاحكام - وفيه مسائل - الاولى - المشهور بين الاصحاب ان المستقرض يملك القرض بالقبض و ظاهر التذكرة الاجماع عليه ولم ينقل الخلاف الاما نقله الشهيد في بعض حواشيه عن الشيخ ره من انه قال يملك بالتصرف - واستدل للاول بان التصرف فرع الملك و تابع له فيمتنع كونه شرطا فيه والالزم الدور - وبتعبير آخر ان التصرف فيه لايجوز حتى يصير ملكا اقبح التصرف في ملك الغير فلو لم يملك الا بالتصرف لزم ان لايصير ملكا له حتى يتصرف فيه فيلزم توقف التصرف على الملك والملك على التصرف - وبانه يجوز جميع التصرفات فيه حتى المتوقفة على الملك (واجاب) عنهما في المسالك بمنع تبعية التصرف للملك مطلقا و توقفه عليه بل يكفي في جواز التصرف اذن المالك فيه كساير المأذونات ولاشك ان الاذن للمقترض حاصل من المالك للايجاب بالقبول - فيكون ذلك سببا تاما في جواز التصرف وناقصا في افادة الملك و بالتصرف يحصل تمام سبب الملك ثم ان كان التصرف غير ناقل للملك فاكتفينا به فالامر واضح وان كان ناقلا افاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة بل نقل في الدروس ان هذا القائل يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك مطلقا انتهى (و اورد عليه) من تاخر عنه بان الاذن انما حصل من المالك بان يكون مالكا و يكون عليه العوض لامطلقا.

اقول تنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موردين - الاول - في الدليل على احد القولين - الثاني في المحذور العقلي الذي ذكروه - اما الاول فلم يذكروا للقول الثاني وجها سوى اصالة عدم الملك الى حال التصرف وهي تامة اذا لم يكن دليل على حصول الملك بالعقد و بالقبض والافلا محل لها - ولكن مقتضى ادلة امضاء القرض ومشروعيته حصول الملك بالعقد كساير المعاملات فان المنشأ به الملكية من حين العقد و الشارع الاقدس امضى ذلك فتوقف الملكية على شيء آخر يحتاج الى دليل وقد ادعوا الاجماع على اشتراط القبض فيه فيقيد به الادلة فيبقى اطلاقها بالاضافة الى الامور الاخر

منها التصرف على حاله ـ و يشهد به النصوص (١) الدالة على انه يجب الزكاة على المقترض ان لم يتصرف فيما اقترضه معللة بان المال في يده ـ فالاظهر بحسب الادلة حصول الملك بالعقد والقبض وعدم توقفه على التصرف (واما الثاني) فالمحذور المذكور لتوقف الملك على التصرف .

يندفع بوجهين ـ احدهما ـ ان مقتضى الجمع بين دليل توقف بعض التصرفات على الملك ودليل جواز التصرف المطلق وهو الاجماع والضرورة واستصحاب بقاء الملك الى آن قبل التصرف هو حصول الملك بعد ارادة التصرف ويكون كتصرف ذي الخيار والواهب فيما انتقل عنهما بالتصرف المتوقف على الملك ـ ثانيهما ـ ان لهذا القائل ان يلتزم بان السبب للملكية هو العقد وانما يكون التصرف شرطا للملكية نظير القبض الذي هو شرط لحصولها في الصرف فيكون العقد سببا تاما لجواز التصرف وناقصا للملك ـ فان قيل ـ انه يلزم من ذلك عدم تبعية العقود للقصود فان المقصود حصول الملك والواقع جواز التصرف ـ قلنا ـ انما قصد يقع غايته مشروطا بشرط كما في غير المقام مما يكون حصول الملك مشروطا بشرط من القبض وغيره ـ واما وقوع مالم يقصد اي حكم الشارع بجواز التصرف فلا محذور فيه ولا يكون منافيا لشيء من القواعد .

عدم جواز رجوع المقرض في العين المقترضة

الثانية ـ (و) المشهور بين الاصحاب انه **(لايجب)** على المقترض اعادة العين اذا طالبها بعد القرض وحصول الملك ـ بل له الامتناع عنها ـ ولا يعاد العين **(بدون اختيار المقترض)** وعن الشيخ قده ان للمقرض ارتجاعها وان كره المقترض ـ يشهد للاول مادل على اللزوم في كل عقد من الاصل و الكتاب (٢) ـ و استدل للثاني ـ بالاجماع على كون القرض من العقود الجائزة ـ وبان المثل أو القيمة انما وجب بدلا عن العين لغلبة خروجها عن يد المقترض ـ وبانه ـ اذا استحق المطالبة بالمثل

---

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب من تجب عليه الزكاة

(٢) المائدة آية ٢

او القيمة فبالعين بطريق اولى ـ وبانه ـ لايزيد على الهبة ـ وفى الكل نظر ـ اما الاول فلانه لم يثبت الاجماع التعبدى ـ مع ان كونه من قبيل الاجماع على القاعدة و يكون الاجماع كاشفا عن صدور الحكم عن المعصوم عليه السلام متعلقا بالعقد من حيث هو ـ فيجب متابعة هذا اللفظ اى كون عقد القرض جائزا فيكون لازمه ما افاده صاحب الحدائق ره تبعا لغيره مصرا عليه ـ بان معنى جواز العقد جواز فسخه ولازمه رجوع العين الى المالك فالقول بجواز العقد لايلائم مع البناء على عدم جواز ارتجاع العين ـ ممنوع ـ لامكان ان يكون من قبيل الاجماع على الحكم فى الموارد الخاصة يجمعها تفسير المجمعين انها بذلك العنوان وعلى هذا فيتم ما افاده فى المسالك والجواهر من ان معنى جواز العقد ان لكل منهما فسخ المقصد المهم من القرض و هو الا نظار الذى هو مبنى القرض عرفا غالبا ـ واما الثانى ـ فلان المثل أو القيمة انما وجب بمقتضى العقد وبعنوان البدلية العقدية عن العين كوجوب العوض فى البيع وغيره ـ لابعنوان الغرامة ـ وبه يظهر ما فى الثالث فان استحقاق المطالبة بالمثل أو القيمة انما هو من جهة كونه بدلا عن ماله ـ فلو كان مستحقا لمطالبة العين لزم الجمع بين العوض والمعوض ـ واما الرابع ـ فلان ثبوت الجواز فى الهبة بدليل خاص لايقتضى ثبوته فى القرض ـ فالحق عدم ارتجاع العين المقترضة بدون رضا المقترض .

واما الجواز بالمعنى المشار اليه وهو جواز مطالبة المقرض البدل وجواز اداء المقترض كلما شاء فالظاهر انه المشهور بين الاصحاب ـ وملخص القول فيه ان محل الكلام ما لو شرط التاجيل فى عقد القرض أو كان الاجل مدلولا عليه بنفس العقد ضمنا والا فالجواز من الواضحات ـ اقول يشهد للزوم فى الموردين ـ عموم مادل (١) على وجوب الوفاء بالعقد والشرط ـ ولذا ذهب المحدث الكاشانى الى اللزوم مع شرط التاجيل واحتمله فى المسالك وقواه جمع من متاخرى المتاخرين وشددوا النكير على كون القرض من العقود الجايزة .

---

(١) المائدة آية ٢ الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار كتاب التجارة

وقد استدل للجواز بوجوه - منها - مافى الجواهر قال والنصوص واضحة الدلالة عليه ضرورة ظهورها فى رجحان التاخير والامهال والانظار والترغيب فى ذلك على وجه صريح اوظاهر فى الندب خصوصا مثل قوله (١) ص من اقرض اخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل احد من جبال رضوى و طور سيناء من حسنات وان ارفق به فى طلبه تعدى به على الصراط كالبرق اللامع بغير حساب ولاعذاب وقوله (٢) ﷺ من اقرض مؤمنا قرضا حسنا ينظر ميسوره كان ماله فى زكاة و كان هو فى صلاة من الملائكة حتى يؤديه وغيرهما مماهو كالصريح فى جواز رجوعه ومطالبته اى وقت شاء (وفيه) ان هذه الاخبار تتضمن استحباب الاقراض مع المهلة - واستحباب الارفاق به فى طلبه - ومطلوبية الانظار الى الميسور - وشىء من تلكم لاينافى مع عدم جواز الرجوع قبل الاجل - اما الاول فلان الاستحباب المزبور متعلق بايجاد القرض وهذا لاينافى لزومه بعد وجوده و هل هو الا كاستحباب التجارة مع وجوب العمل بمقتضاها بعد تحققها - واما الثانى فلان الارفاق انما هو عدم المطالبة فى حال يجوز له تلك - واما عدمه مع عدم ثبوت حق له فيها فليس من الارفاق والكلام انما هو فى ثبوت هذا الحق - واما الثالث فمضافا الى عدم ظهوره فى الاستحباب يجرى فيه ما ذكرناه فى الارفاق من انه يستحب الانظار فى ماله المطالبة - اضف الى ذلك انه ليس فى شىء من النصوص سوى ترتب الثواب على عدم المطالبة والامهال وهذا فى نفسه وان لم يستفد منه الوجوب ولكن لايكون ظاهرا فى الا ستحباب حتى يعارض مع مادل على اللزوم - اضف اليه انه لوسلم دلالة النصوص على الا ستحباب فالنسبة بينها وبين ادلة وجوب العقد والشرط عموم من وجه كما اعترف به قده ويتعين تقديم دليل العقد والشرط - لتقدم الا دلة الثانوية على الا ولية اما حكومة او من جهة التوفيق العرفى اولغير ذلك مما ذكر فى محله فلاموردلما افاده ره من تقديم هذه النصوص للشهرة وغيرها .

(١-٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الدين والقرض حديث ٥-٣ .

و منها ـ مافی الجواهر ایضا ـ وهو انه محسن (١) لاسبیل علیه ـ وفیه ان الاحسان حکمه الاولی ما ذکر و لکن لوانطبق علیه عنوان آخر ملزم یحکم به و فی المقام مقتضی ادلةلزوم العقد و الشرط ذلك کما لایخفی .

ومنها ما فی الجواهر ایضا ـ قال و جوازه بهذا المعنی مسلم لایکاد ینکره احدمن الشیعة ـ و فیه ان المسلم هو الجواز مع عدم اشتراط التاجیل و عدم بناء العقدعلی اجل معلوم. وسره واضح فان مافی ذمة المقترض مال المقرض ولیس مایقتضی التاخیر فله مطالبته کما للمقترض دفعه مهماشاء ـ واما فی صورة اشتراط التاجیل وعدم حلول الاجل ـ فالاجماع غیر ثابت فالاظهر اللزوم قبل حلول الاجل.

واولی من ذلك مالو اشترط التاجیل له فی عقدلازم آخر ـ وفی المسالك و قیل لایجب الوفاء به بل یقلب العقد اللازم جائزا بمعنی ان المشروط علیه لواخل بالشرط تسلط الاخر علی فسخ العقد المشروط فیه وجعلو اذلك قاعدة کلیة هی ان شرط الجائز فی اللازم یقلب اللازم جائزا و مثله شرط اللازم فی اللازم انتهی وعن الدروس الشرط فی اللازم یجعله جائزا فکیف ینعکس الامر انتهی .

اقول ان الشرط فی ضمن العقد یجب الوفاء به بمقتضی ادلة الشرط (٢) ومعنی وجوب الوفاء به فی المقام عدم جواز مطالبة القرض وهو المراد من اللزوم فی المقام ـ وهذا لاینافی مع انه لواخل المشروط علیه بالشرط عصیانا ـ یثبت الخیار للمشروط له بالنسبة الی العقد المشروط فیه فای محذور فی جعل الشرط عقد الجائز لازما ـ وصیرورة تخلفه سببا للجواز لازم اخر .

وقد یستدل للزوم فی اصل المسألة بخبر (٣) الحسین بن سعید عن رجل اقرض رجلا دراهم الی اجل مسمی ثم مات المستقرض أیحل مال القارض عند موت المستقرض

---

(١) التوبة آیة ٩١

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب الخیار کتاب التجارة

(٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب الدین والقرض حدیث ٢

منه او للورثة من الاجل ما للمستقرض فى حياته فقال (ع) اذامات فقدحل مال القارض بدعوى انه يدل على لزوم التاجيل فى القرض من حيث التقرير والمفهوم. ولكن يرده ان السئوال ليس عن الوجوب بل عن الحلول بالموت و عدمه و ربما يقال انه يمكن ان يريد بالقرض الدين او القرض المشترط اجله بعقد لازم او غير ذلك. فالعمدة ماقدمناه .

تاجيل الدين الحال

الثانى **(ولايتاجل الحال)** بلاخلاف فيه فى الجملة وملخص القول فيه انه . تارة يشترط تاجيل الحال فى ضمن عقد لازم فالكلام فيه مامر . واخرى يؤجله ابتداء وبلا عوض فهو لايتاجل لعدم مايوجبه فان غايته كونه من الوعد غير لازم الوفاء . وثالثة يؤجل الحال بازيد منه . فالمشهور عدم جوازه وعن الحدائق نفى الخلاف فيه و تنقيح القول فيه يقتضى البحث فى مقامين . الاول - فيما يقتضيه القواعد - الثانى - فى مقتضى النصوص الخاصة اما الاول فتارة يجعل الاجل فى مقابل الزيادة باشتراطه ابتداءاً أوفى ضمن عقد أو المصالحة عليه أو بيعه به - واخرى يجعل المجموع المؤجل فى مقابل المجموع الحال بحيث تكون المعاوضة بين المبلغ الذى يكون مديونا به وبين مجموع ماجعل مؤجلا - وثالثة يوقع الصلح على ابراء الحال ممافى ذمته بازاء ازيد منه مؤجلا فيكون المعوض هو الابراء .

اما الصورة الاولى فالظاهر انها بجميع فروضها من الربا فى القرض لان حقيقة الربا فيه راجعة الى جعل الزيادة فى مقابل امهال المقرض وتاخيره المطالبة من غير فرق بين ان يكون ذلك فى ابتداء القرض - أو بعد مضى زمان ومن غير فرق بين ان يكون ذلك بنحو الشرط وغيره .

واما الصورة الثانية فان كان فى ذمته عروضا كالحنطة بطل مايوقع عليه من البيع المزبور اى بيعه بازيد منه مؤجلا للربا فى البيع وان كان من النقدين بطل ايضا لانه لايجوز بيع الصرف الايدابيد وان كان من العروض غير الربوى أو الاثمان غير النقدين

كالاوراق النقدية فبيعه بازيد منه وان كان لا اشكال فيه من حيث الربا لعدم كون المبيع ربويا ولا قرض كي يجرى الربا فيه الا ان ذلك من جهة كونه من بيع الدين بالدين لايجوز - اللهم الا ان يقال ان ظاهر بيع الدين بالدين كون العوضين دينا قبل العقد ولايشمل ما لو صار احدهما - أوهما دينا بالعقد كما في المقام فان الثمن يصير دينا بالعقد وتمام الكلام في ذلك في كتاب البيع .

واما الصورة الثالثة فالظاهر فيها الصحة كما لايخفى .

واما المقام الثانى فقد استدل الشيخ الاعظم ره للبطلان بامور (الاول) ما نقله عن مجمع البيان من الخبر الوارد لبيان مورد نزول الاية الشريفة اى آية (١) حرمة الربا - بتقريب انه يدل على ان سبب نزولها في حرمة الربا الزيادة المفروضة وهى ما جعل في قبال تاجيل الدين الحال (وفيه) ان ظاهره الصورة الاولى ولا يشمل الصورتين الاخيرتين سيما الثانية منهما (الثانى) صحيح (٢) الحلبى و ابن مسلم عن الصادقين (ع) انهما قالا في الرجل يكون عليه الدين الى اجل مسمى فياتيه غريمه فيقول انقدنى من الذى كذا وكذا واضع لك بقيته أو يقول انقدلى بعضا وامدلك في الاجل فيما بقى عليك قال (ع) لا ارى به باسا انه لم يزدد على رأس ماله قال الله تعالى (٣) «فلكم رؤوس اموالكم لاتظلمون ولا تظلمون» بدعوى انه علل جواز التراضى على تاخير اجل البعض بنقد البعض بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على انه لو زاد على رأس ماله لم يجز التراضى على التاخير (اقول) الظاهر من الحديث هو المعاملة على التاجيل نفسه و لايكون له نظر الى بيع الحال بالمؤجل او ايقاع الصلح على ابراء الحال بازيد منه مؤجلا .

الثالث النصوص الواردة في تعليم طريق الحيلة في جواز تاخير الدين بزيادة باشتراط التاخير في ضمن معاوضة غير مقصودة للفرار من الحرام فلو جاز التراضى على

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٩

(٢) الوسائل باب ٧ من كتاب الصلح حديث ١

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٩

التاجيل بزيادة لم يكن داع الى التوصل بامثال تلك الحيل ومراده من النصوص - موثق (١) محمد بن اسحاق بن عمار قلت لابى الحسن (ع) يكون لى على الرجل دراهم فيقول اخرنى وانا اربحك فابيعه جبة تقوم على بالف درهم بعشرة الاف درهم اوقال بعشرين الفا واؤخره بالمال قال (ع) لاباس. وموثقه (٢) الاخر عن الرضا (ع) قلت له الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تسوى مائة درهم بالف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت - قال (ع) لاباس قد امرنى ابى ففعلت ذلك وزعم انه سأل اباالحسن (ع) عنها فقال (ع) مثل ذلك ونحوهما غيرهما (اقول) انه بعد ماالاكلام فى عدم جواز التاجيل بالزيادة - الرواة فى هذه النصوص للفرار من الحرام ذكروا وجها - والمعصوم (ع) نفى عنه الباس وهذا لايدل على انه لاطريق آخر و او بنحو الصلح على ابراء الحال بازيد منه مؤجلا.

فالمتحصل مما ذكرناه ان اخذ الزيادة بازاء التاجيل حرام وللتخلص من ذلك طرق - ١ - ان يصالح على ابراء الحال مما فى ذمته بازاء ازيد منه مؤجلا فالمعوض هو الابراء - ٢ - ان يبيعه المجموع الحال بمجموع ماجعل معوضا على اشكال فيه من ناحية كونه بيع الدين بالدين - ٣ - ان يبيعه المديون شيئا باضعاف قيمته ويشترط عليه ان يؤخره المال الى اجل معين وهو الذى تضمنته النصوص - ٤ - ان يهبه المدين مبلغا ويشترط عليه ان لايطالبه بالدين الحال الى اجل معين - اويشترط عليه تاجيل ذلك الدين بنحو شرط النتيجة - اويشترط ان يؤجله الداين بنحو شرط السبب.

تعجيل الدين المؤجل

الرابعة - (**ويصح تعجيل**) الدين (**المؤجل باسقاط بعضه**) مع التراضى بلاخلاف ولااشكال وقدمر الكلام فيه فى النقد والنسيئة من كتاب البيع - بل قيل انه يستظهر من النصوص الاكتفاء بالتراضى من غير حاجة الى الابراء أو الصلح - لاحظ

(١-٢) الوسائل - باب ٩ من ابواب احكام العقود حديث ٤-٦

مرسل(١) ابان عمن حدثه عن ابى عبدالله(ع) عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل ان يحل الاجل عجل النصف من حقى على ان اضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما قال نعم - وصحيح (٢) محمدبن مسلم عن ابى جعفر(ع) عن الرجل يكون عليه دين الى اجل مسمى فياتيه غريمه فيقول له انقدنى كذاوكذا واضع عنك بقيته أو يقول انقدنى بعضا وامدلك فى الاجل فيما بقى قال(ع) لاارى باسا ما لم يزد على راس ماله شيئا الحديث - وفيه كلام قدمر مستوفى .

وفى المسالك انه كمايعتبر التراضى فى اسقاط البعض يعتبر فى تعجيله بغير اسقاط لان الاجل ايضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما به فان التعجيل قدلا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر لخوف ونحوه وبالنسبة الى الاخر واضح لكن اسقاط الاجل يكفى فيه مجرد الرضا اما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائما مقام الابراء كمايظهر من تضاعيف كلامهم انه لايختص بلفظ وفى كتاب الجنايات يقع بلفظ العفو ونحوه فيكون هذا منه ويحتمل قويا توقف البرائة على لفظ يدل عليه صريحا كالبرائة والا سقاط و العفو والصلح لامطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل شرعا (وفيه) ان ماذكره فى اسقاط بعض الحق جارفى اسقاط الاجل (ثم ان) المتجه هو الوجه الثانى لا للاصل خاصة بل لان بناء العقلاء والشارع على ان لاعبرة بالرضا و الا عتبار النفسانى فى العقود والايقاعات مطلقا ومنها ذلك ولاينافى ذلك ما افادوه من عدم اختصاصه بلفظ ووقوعه بلفظ العفوو نحوه فان المعيار كون مابه ينشأ مبرزا للمنشأ كما مر تفصيل القول فى ذلك فى كتاب البيع .

(١-٢) الوسائل باب٧ من ابواب كتاب الصلح حديث٣-١

(٢) الوسائل باب٣٢ من ابواب الدين والقرض حديث١-

بيان الحكم عند غيبوبة صاحب الدين

الخامسة (و) قد صرح جملة من الاصحاب - بانه **(لو غاب المدين وانقطع خبره وجب على المستدين نية القضاء والوصية عند الوفاة فان جهل خبره ومضت مدة لايعيش مثله اليها غالبا سلم الى ورثته ومع فقدهم يتصدق به عنه و)** فى المتن **(الاولى انه للامام)** فههنا فروع .

-١- المشهور وجوب نية القضاء وقد عرفت انها تجب كان ذوالحق غائبا ام كان حاضرا . و يدل عليه فى خصوص الغائب صحيح (١) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه و لا على ولى له ولا يدرى باى ارض هو قال عليه السلام لاجناح عليه بعد ان يعلم الله منه ان نيته الاداء .

-٢- انه يجب على المديون الوصية به عند الوفاة والظاهر انه لا خلاف فيه بل عن النهاية او صى الى من يثق به و عن الروضة يجب الوصائة به الى ثقة لانه تسليط على مال الغير وان قلنا بجواز الوصائة الى غيره فى الجملة . ويشهد به مضافا الى ماسمعت . والى وجوب رد المال الى صاحبه المنحصر طريقه فى الوصية - خبر (٢) هشام بن سالم سئل خطاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام وانا جالس فقال انه كان عند ابى اجير يعمل عنده بالاجرة ففقدناه وبقى من اجره شيء ولا يعرف له وارث قال عليه السلام فاطلبوه قال قد طلبناه فلم نجده فقال مساكين و حرك يده قال فاعاد عليه قال عليه السلام اطلب واجهد فان قدرت عليه والافهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فاوص به ان جاء لها طالب ان يدفع اليه ونحوه غيره (ثم انه) صرح جماعة منهم الشيخ ره بانه يجب ان يعزل ماله عند امارة الموت. قال الحلى وهذا غير واجب اعنى عزل المال بغير خلاف بين المسلمين فضلا عن طائفتنا انتهى - ولكن فى

---

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الدين القرض حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب ميراث الخنثى حديث ١

المسالك و اما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من المختلف انه لاخلاف فيه والا لامكن تطرق القول بعدم الوجوب لاصالة البرائة مع عدم النص انتهى والاظهر عدم وجوبه للاصل - وغاية ماقيل فى وجه الوجوب انه غاية مايمكن وانه اقرب الى الوفاء وابعد عن تصرف الغير - ولكن كما افاده المحقق الاردبيلى ره تمسك الاصحاب بمثل هذ امشكل والاجماع قدعرفت حاله فالاظهر عدم الوجوب - ٣- المعروف انه مع الياس عن الظفر بصاحبه يتصدق به - والحق ان يقال انه تارة لا يعلم بموت صاحبه ولكن ييأس من الوصول اليه فهو ح من قبيل المال المجهول مالكه و حكمه تعين الصدقة و قدمر فى محله وجهه - كما مر ان مايشهد بكونه للامام ضعيف السند - وما استدل به لجواز التملك مختص باللقطة - وما استدل به على الحفظ والايصاء به مابين ضعيف السند وقاصر الدلالة - و اخرى يطمئن بموته وح ان علم بوجود الوارث له فان عرفه يدفعه اليه والافهو مجهول المالك وان لم يعلم به يستصحب عدم و جود الوارث لا بهذا العنوان بل بعنوان من هو قريب منه - فيتحقق موضوع من مات ولا وارث له فماله للامام عليه السلام - و بذلك ظهر مافى كلمات القوم فى المقام .

قسمة الدين

السادسة (**ولو**) كان لاثنين فصاعدا مال فى ذمم غيرهم - و (**اقتسم الشريكان الدين لم يصح**) عند المشهور نقلا وتحصيلا بل عن الشيخ وابن حمزة الاجماع عليه وعن الحلى والاردبيلى الحكم بالصحة - اقول بعد مامر من ان القسمة بنفسها معاملة مستقلة عقلائية امضاها الشارع الاقدس مقتضى القاعدة وان كان صحة هذه القسمة - و لكن جملة من النصوص الخاصة تدل على عدم الصحة - لاحظ صحيح (١) سليمان بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية

---

(١) الوسائل باب ٢٩ - من ابواب الدين والقرض حديث ١

ما كان في ايديهما وما كان غائبا عنهما فهلك نصيب احدهما مما كان غائبا واستوفى الاخر عليه ان يرد على صاحبه قال عليه السلام نعم ما يذهب بماله - وموثق (١) ابن سنان عنه عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين او بعضه وخرج الذي للاخر أيرد على صاحبه قال عليه السلام نعم ما يذهب بماله - وخبر (٢) ابي حمزة عن ابي جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بايديهما ومنه غائب فاقتسما الذي بايديهما واحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الاخر قال عليه السلام ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله - ونحوها غيرها ومن الغريب ان المحقق الاردبيلي قال الحكم مشهور بين الاصحاب ولا مستند لهم غير رواية (٣) غياث ثم اخذ في تضعيفها والاستدلال للصحة بانها مقتضى القواعد لتسلط الناس على اموالهم وادلة لزوم الشرط وجواز الاكل مع التراضي ونحو ذلك وبعض ما افاده في مقام الاستدلال للصحة وان كان تاما في نفسه الا ان بعضها الاخر لا يتم ولا يهمنا البحث فيه بعد ورود النص بالبطلان - واما ما افاده من انه لا مستند لهم سوى خبر غياث وهو ضعيف فيرده اولا ما عرفت من وجود روايات معتبرة اخر - و ثانيا انه مع الاعتراف بالشهرة تكون هي جابرة لضعف السند فلا ينبغي التوقف في الحكم.

ثم انه قال في المسالك والحيلة في تصحيح ذلك ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد اعطائها صاحبه ويقبل الاخر بناء على صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين فلو فرض سبق دين له عليه فلا اشكال في الصحة و لو اصطلحا على ما في الذمم بعضها ببعض فقد قرب في الدروس صحته وهو حسن بناء على اصالته انتهى (وفيه) ان ما ذكره من الحيلة بالحوالة يشهد لعدم جوازها خبر (٤) ابي حمزة ومثله خبر (٥) آخر - ويمكن ان يقال ان الخبرين شاهدان بما اشار اليه من عدم صحة الحوالة ممن ليس في ذمته دين - واما الحيلة بالصلح فلا اشكال فيها اصلا فان النصوص مختصة بالقسمة والحوالة ولا تشمل الصلح - بل

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٦ من ابواب كتاب الشركة حديث ٢- ١-٣-

ولا الهبة معوضة كانت ام غير معوضة ولا البيع اى يبيع كل منهما ماله فى ذمة احد المديونين بالشريك الاخر بماله فى ذمة المدين الاخر مع رعاية الشرايط - نعم فى البيع اشكال بيع الدين بالدين على مامر فى المسألة السابقة - فالمتحصل ان القسمة لاتصح و لكن يمكن التخلص من المحذور بطرق .

واما خبر (١) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجلين اشتركا فى السلم أيصلح لهما ان يقتسما قبل ان يقبضا قال عليه السلام لاباس - ففى الحدائق حمل على الجواز - وفى الجواهر ومن هنا حملوا خبر على بن جعفر على ارادة بيان الجواز - ولكن ظاهر فتوى الاصحاب بل صريحها بطلان القسمة وهذا لايلائم مع الحمل على الجواز ان اريد الجواز الوضعى - فالصحيح انه لمعارضته مع النصوص المتقدمة وفتوى الاصحاب يطرح .

ثم ان فى المقام مسألة اخرى خلطت بهذه المسئلة فى بعض الكلمات - وهى ان الدين اذا كان لشخصين فى ذمة شخص فهل لكل واحد منهما اخذ حقه مستقلا بدون رضا الاخر اومع اذنه نظرا الى ان كلا منهما دائن مستقل - ام لا يجوز فان الدين مالم يقبض يكون مشتركا بينهما فكل جزء مما ياخذه مشترك بينه وبين صاحبه فما لم يوكله فى اخذ حقه ايضاً لايتعين الحق فى الماخوذ لانه فرع قبض المالك او وكيله - مقتضى النصوص المتقدمة هو الاول من جهة انها تدل على ان ما يأخذه كل من الدائنين يكون بينهما فلو لم يكن له اخذ حق صاحبه كان المال الخارجى الماخوذ باقيا فى ملك المديون (ودعوى) ان الاذن فى القسمة كاف فى هذا المقام (تندفع) بان الاذن فى القسمة لبطلانها لغو - وهو غير الاذن فى القبض - ويمكن ان يقال - ان رضا الشريك بقبض شريكه كاف فى تعيين الحق الكلى فى الماخوذ وهو موجود محرز بالاذن فى القسمة وليس هذا الرضا هو الرضا بكونه بتمامه له حتى يقال انه لغى ببطلان القسمة فتكون الروايات على القاعدة - وقد اصر صاحب الجواهر ره على ان الحلى انما بنى على الصحة فى هذه المسألة دون المسئلة السابقة والامر سهل بعد وضوح الحكم .

---

(١) الوسائل - باب ٢٩ من ابواب الدين والقرض حديث ٢

بيع الدين بالدين

السابعة **(ويصح بيع الدين بالحاضر وان كان اقل منه اذاكان من غير جنسه اولم يكن ربويا ولايصح بدين مثله)** - فهاهنافروع.

-١ -لااشكال في جواز بيع الدين بعدحلول الاجل على المدين اوعلى غيره ولا خلاف فيه الاعن الحلى . واطلاق ادلة البيع وعمومها يدفعه وان اطال الحلى في ترجيح ماذهب اليه من المنع بمالاطائل تحته سيماوان المسألة اجماعية-واما بيعه قبل حلول الاجل فقدجوزه جماعة منهم المصنف ره والشهيدان - و يشهد للصحة عموم ادلةالبيع بعدكون الدين قبل حلول الاجل مملوكا للدائن (واستدل) للبطلان - تارة - بعدم امكان قبضه الذى هوشرط في صحة البيع - واخرى بالاجماع - وثالثة بعدم الملكية للبايع قبل الاجل فى نحو القرض المؤجل و مهر الزوجة و نحو هما من افرادالدين (والكل مردودة) اما الاول فلان الشرط ليس امكان القبض حين العقد بل امكانه حين الاستحقاق اى استحقاق المطالبة - واما الثانى فلان الاجماع المدعى انما هوفى السلم خاصة- ودعوى عدم الفرق واضحة المنع - واما الثالث فلان الدين قبل الاجل في الموارد المشار اليها يكون ملكا للبايع غاية الامر لايستحق المطالبة وللمدين التاخير فالاظهر هى الصحة فماعن الدروس وظاهر الارشاد والنافع من المنع ضعيف .

-٢- لااشكال ولاخلاف في جواز بيع الدين بالحاضر المشخص نعم ان كان مافى الذمة ربويا وبيع بجنسه يعتبر ان لايكون الحاضر اقل اواكثر والالزم الربا وكذا يعتبر عدم كونه من الذهب والفضة لاشتراط القبض فى المجلس فى بيعهما واما في غير ذلك فلامانع منه كان اقل اواكثر اومساويا .

-٣- اطلق جماعة انه لا يجوز بيع الدين بالدين مطلقا وفصل آخرون بين موارده ونخبة القول فيه - انه قديكون الثمن دينا سابقا كما اذا باع ماله فى ذمة زيد بماله في ذمة عمرو وقديكون بدين مضمون بالعقد كما لو باع ماله في ذمة بكر بمبلغ فى ذمة زيد المجعول في ذمته بنفس العقد. وعلى كل من التقديرين تارة يكون الدين حالا واخرى

يكون مؤجلا- فان باعه بدين سابق مؤجل بطل لانه لايباع الدين بالدين كما في خبر (١) طلحة بن زيد عن الصادق (ع) عن رسول الله صلى الله عليه وآله - واما البيع بدين سابق حال حين العقد . ففيه احتمالان - ينشئان من صدق الدين على الحال و اذا اطلق الاصحاب عليه لفظ الدين بعد حلول الاجل اطلاقا حقيقيا وهو المنساق الى الذهن عند اطلاقه و عدم صحة السلب عنه وما صرح به جمع من اهل اللغة من ان الدين ما يضرب فيه الاجل وكذا جمع من الفقهاء يراد به اعتباره حين ثبوته فالمراد ان الدين مايضرب فيه الاجل اول مرة- ومن عدم صدق الدين عليه لما ذكر من تصريح اللغويين والفقهاء قيل وهو المتفاهم عرفا منه - ولعل الاول اظهر- واما ماقيل بعد قبول صدق الدين عليه بانه يجب الاقتصار في المنع عن بيع الدين بالدين المخالف للاصل و العمومات على محل الوفاق و ليس الفرض منه لان الخبر المانع قاصر سندا يشكل الاعتماد عليه فيما عدا مورد الاجماع فيرده - ان ضعف السند ينجبر بالاجماع فيتمسك باطلاق الخبر في محل الفرض- وان باعه بمضمون في العقد فان كان حالا غير مضمون قبل العقد لااشكال في الصحة لعدم صدق الدين عليه قطعا اذ قد مر اعتبار الاجل في صدقه وان كان مؤجلا فعن المشهور بطلان البيع لانه بيع دين بدين فيشمله النص والاجماع -وفي الشرايع وعن جماعة صحته- وعللها في المسالك بان مراد القائلين بالمنع من جهة انه بيع دين بدين ان كان اطلاق اسم الدين عليه قبل العقد وحالته فظاهر منعه لانه لايعد دينا حتى يثبت في الذمة ولا يثبت الا بعد العقد فلم يتحقق بيع الدين بالدين وان ارادوا انه دين بعد ذلك فهو لا يكفي في صدق بيع الدين بالدين لاقتضاء الباء كون الدين بنفسه عوضا والمضمون الذي لم يكن ثابتا في الذمة لايعد جعله عوضا بيع بدين - واورد عليه بعض من تاخر بمنع كون المراد من النص ذلك اذ يمكن كون المراد المنع من بيع الدين بالدين المقابل للعين والحال اي لاتبع الدين بهذا الصنف من البيع فيكون التعريف اشارة الى هذا القسم من البيع

---

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب الدين والقرض حديث ١

المهود فى الذهن فح فاظهر الفردين المؤجل فى العقد لا العكس - اقول و يعضد ذلك ان المضمون بالعقد انما يصير دينا مقارنا لايقاع العقد والا يلزم جعل العوض ماليس عينا ولادينا - والباء لاتقتضى ازيد من كون العوض حين جعله عوضا دينا - ولا يلزم فى هذا الاطلاق كونه دينا سابقا - فالاظهر هو البطلان فى هذه الصورة - فالمتحصل مما ذكرناه صحة البيع فى صورة واحدة من الصور الاربع المتقدمة - وهى صورة بيعه بمضمون فى العقد حال.

وبما ذكرناه يظهر حكم مالو كان المثمن غير دين سابق بل كان مضمونا بالعقد نعم - فيما كان سابقا سلما لم يجز بيعه قبل حلوله مطلقا و جاز بعده اذا كان الثمن حالا كما مر فى باب السلم.

اقتضاء الدين من اثمان المحرمات

الثامنة (و) صرح الاصحاب بان (**للمسلم قبض دينه من الذمى من ثمن ما باعه من المحرمات**) بشرط كون الذمى مستترا - و عند بعضهم كون المشترى لها غير مسلم - والمستند جملة من النصوص - كصحيح (١) داود بن سرحان عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير أو خمرا وهو ينظر فقضاه قال عليه السلام لا باس به اما للمقتضى فحلال واما للبايع فحرام - و صحيح (٢) زرارة عنه عليه السلام فى الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرا وخنزيرا ثم يقضى منها قال عليه السلام لا باس أو قال خذها - وخبر (٣) منصور بن حازم عنه عليه السلام قال قلت له لى على رجل ذمى دراهم فيبيع الخمر و الخنزير وانا حاضر فهل لى ان آخذها فقال عليه السلام انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك ونحوها غيرها - وتمام الكلام فيما يستفاد من هذه النصوص بالبحث فى امور.

---

(١) الوسائل باب ٢٨- من ابواب الدين والقرض حديث ١

(٢-٣) الوسائل - باب - ٦٠ من ابواب مايكتسب به حديث ٣-١

ـ ١ ـ المشهور اختصاص الحكم بالذمى فلو كان البايع مسلما لم يجز ـ قال صاحب الكفاية وهو مناف لاطلاق اخبار كثيرة فالحكم به مشكل الا ان يكون المقصود المنع بالنسبة الى البايع ـ واجاب عنه فى الجواهر بان خبر منصور مختص بالذمى فيقيد به الاخبار الاخر ـ وبانه من التعليل فى خبر منصور يظهر عدم ارادة الفرض من مادل على المنع من اكل ثمن الخمر والخنزير ـ ويتوجه على الجواب الاول ـ انه لا يحمل المطلق على المقيد فى المثبتين سيما وان التقييد فى كلام السائل ـ وعلى الثانى انه لا يدل على عدم خروج ما اذا كان البايع مسلما عن تحت تلك الادلة .

وقد يقال فى وجه ما هو المشهور انه يعارض هذه النصوص مع الاخبار (١) الدالة على عدم جواز بيع الخمر و الخنزير وان ثمنهما سحت فانها تدل على كون الثمن لغير البايع وعدم برائة الذمة من الدين بادائه منه و عدم جواز اخذ الدائن ذلك مع العلم به ـ وخبر منصور اخص مطلق منها يقيد اطلاقها به والنصوص الاخر لا تصلح للمعارضة معها فيقدم تلك الاخبار فتكون النتيجة ما افادوه (وفيه) ان الجمع العرفى بين الطائفتين يقتضى البناء على ان المراد بنصوص الباب ـ ان من اشترى الخمر و الخنزير وادى ثمنهما لامحالة يكون راضيا بان يؤدى البايع دينه منه ـ اوانه وان لم يحرز ذلك يجوز اداء الدين من مال الغير فى هذه الصورة ـ و عليه فلا تعارض بين الطائفتين .

والحق فى المقام ان يقال ان اطلاق هذه النصوص وان كان يقتضى عدم الفرق بين كون البايع مسلما اوذميا ـ و لكن يتعين تقييده بمرسل (٢) ابن ابى نجران الصحيح اليه عن الرضا عليه السلام عن نصرانى اسلم وعنده خمر وخنازير وعليه دين هل يبيع خمره وخنازيره ويقضى دينه قال عليه السلام لا الدال على حكم المسلم الاصلى بطريق اولى ـ وعليه فلا اشكال فى الاختصاص .

---

(١) الوسائل باب ٥٥ و٥٧ من ابواب مايكتسب به

(٢) الوسائل باب ٥٧ ـ من ابواب مايكتسب به حديث ١

-٢- ليس فى النصوص المتقدمة تقييد الذمى بكونه مستتر اولعل التقييد به من جهة ان التستر من شرائط الذمة فبالتظاهر يخرج عن كونه ذميا - و لا ينافى ذلك مافى هذه النصوص من اطلاع المسلم عليه اذ يمكن فرضه على وجه لا ينافى الشرط المذكور - فتوقف صاحب الحدائق ره فى اعتباره فى غير محله .

-٣- هل يعتبر ان يكون المشترى لها غير مسلم كمافى محكى التذكرة وفى الجواهر ولعله مراد من اطلق - ام لايعتبر ذلك - مقتضى اطلاق الاخبار هوالثانى - ولا ينافى ذلك بطلان البيع - انهو باطل حتى فى البيع من مثله و لذا قال عليه السلام هو للمقتضى حلال وعليه حرام وانما يجوزاخذه منه وفاء للدين كما يجوزاخذه جزية للنصوص (١) - المصرح فيها بان وزرذلك عليهم وثمنه للمسلمين حلال وياخذ ونه فى جزيتهم - وبهذا البيان اندفع اشكال المحقق الاردبيلى بانه ان حمل هذه النصوص على المسلم فظاهر الاصحاب وبعض الاخبار عدم جواز اخذه وان حمل على الذمى فقوله للبايع حرام محل تامل -

-٤- (**و لو**) باع ذمى من ذمى خمراوخنزير او (**اسلم الذمى**) البايع (**بعد البيع استحق المطالبة**) اى مطالبة الثمن - لخبر(٢) يونس فى مجوسى باع خمراًو خنازير الى اجل مسمى ثم اسلم قبل ان يحل المال قال عليه السلام له دراهمه -ولكن الخبر مقطوع وفى سنده جهالة - فلايرفع به اليدعما تقتضيه القواعد من عدم جواز اخذ الدراهم لان ثمنهما سحت .

التاسعة(**وليس للعبد الاستدانة بدون اذن المولى فان فعل تبع به ان انعتق والاسقط ولو اذن له لزمه دون المملوك وان اعتق وغريم المملوك كغرماء المولى ولو اذن له فى التجارة فاستدان لها لزم المولى وان كان لغيرها تبع به بعد العتق**)

---

(١) الوسائل باب ٥٧ من ابواب مايكتسب به حديث -٢

(٢) الوسائل باب ٧٠ - من ابواب جهاد العدو ومايناسبه

حكم مالو استقرض الدراهم ثم سقطت عن المالية

العاشرة قال الشيخ فى محكى النهاية من اقرض غيره الدراهم ثم سقطت تلك الدراهم و جازت غيرها لم يكن له عليه الا الدراهم التى اقرضها اياه او سعرها بقيمة الوقت الذى اقرضها فيه- ومثله حكى عن القاضى والحلى - وظاهر ذلك انه مع بقاء العين يكفى ردها والا فقيمتها و الظاهر ان عليه الاكثر - وعن المقنع و ان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم و تغيرت فلا يباع بها شىء فلصاحب الدراهم الدراهم التى تجوز بين الناس وظاهره لزوم رد المالية مطلقا- واختار جمع منهم صاحب الجواهر ره واحتمله فى القواعد عدم لزوم تدارك المالية مطلقا- والاخير اظهر لان المالية الاعتبارية المنتزعة من اعتبار من بيده الاعتبار لاتكون مضمونة - وان شئت قلت ان العين بما لها من الصفات النوعية تكون فى العهدة الى حين الاداء وهى فى الفرض حين الاداء لاقيمة لها فلاوجه لتدارك القيمة - والفائت انما هو اعتبار المعتبر لاشىء من الماخوذ (نعم) لوكان الورق النقدى معبرا عن النقدين وكانت المعاملة واقعة على مايعبر عنه الورق من النقدين كان الصحيح فى المقام اشتغال الذمة بالمالية- فان الاقتراض فى الحقيقة عن النقدين دون الورق و لكن المبنى فاسد كما حققناه فى المسائل المستحدثة -

ويشهد لما اخترناه مضافا الى ما مر صحيح(١) معاوية بن سعيد عن رجل استقرض دراهم من رجل وسقطت تلك الدراهم او تغيرت ولا يباع بها شىء الصاحب الدراهم الدراهم الاولى او الجائزة التى تجوز بين الناس فقال عليه السلام لصاحب الدراهم الدراهم الاولى- ونحوه مكاتبة(٢) يونس- ويعارضهما مكاتبة(٣) اخرى ليونس عن الرضا عليه السلام فى المورد المفروض - لك ان تاخذ منه ما ينفق بين الناس كما اعطيته ماينفق بين الناس ولكن الترجيح للاولين..

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الصرف حديث ٣-٢-١

وقد استدل للزوم تدارك المالية مطلقا مضافا الى المكاتبة التى عرفت حالها - بان الزمان والمكان من خصوصيات العين الدخيلة فى ماليتها اذ الماء مثلا فى مفازة الحجاز غير الماء على الشاطء والثلج فى الشتاء غير الثلج فى الصيف - فاذا استقرض الدراهم فى زمان كان لها المالية تكون خصوصية ذلك الزمان فى عهدة المقترض ولا يكون اداء الدراهم بعد السقوط عن المالية اداء للماخوذ فلا مناص من رد القيمة اداء للخصوصيات وبحديث (١) لاضرر بتقريب ان الماخوذ حين اخذه كان له مالية فاذا رد مثله او عينه مع عدم المالية من دون تداركها يكون ذلك ضررا على المالك و الحديث ينفيه (ولكن) يرد على الاول مضافا الى النقض بما اذا نقصت القيمة فان لازم هذا الوجه ضمان المقدار من المالية التالف مع انه لم يلتزم احد به - ان الزمان والمكان ليسا دخيلين فى المالية وانما هى تنتزع من اعتبار المعتبر وعدمه - أو من كثرة الراغب وقلة الوجود - وان شئت قلت ان سقوط المالية تارة يكون من جهة نقص فى العين واخرى يكون من جهة عدم اعتبار المعتبر او عدم احتياج الناس اليها مع بقائها على ما هى عليه من الخصوصيات ففى الاول يحكم بالضمان لعموم ادلته ولا يحكم به فى الثانى - ويرد على الثانى ما تقدم فى كتاب الغصب من ان حديث لاضرر لا يصلح لاثبات الضمان .

واستدل المحقق الاصفهانى لضمان المالية مع تلف العين بان دليل و جوب رد المثل فى باب الضمان مطلقا ومنه القرض انما يكون دليلا على التضمين والتغريم فلابد من رعاية حيثية المالية اذ المال التالف لا يتدارك الا بالمال ثم قال ومنه تبين الفرق بين سقوط العين عن المالية وسقوط المثل عنها اذ رد الملك بلحاظ ملكيتها لا بلحاظ ماليتها لكن التضمين و التغريم بلحاظ ماليتها فيجب حفظ المالية فى الثانى دون الاول (و فيه) ان ادلة الضمان انما تدل على رد العين مع و جودها فى غير باب القرض و المثل بعد تلفها ان كانت مثلية و فى باب القرض - و المماثلة المعتبرة على ما حقق فى محله هى المماثلة من حيث الحقيقة و حيث ان المالية ليست

---

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات

صفة في العين أو المثل فلاوجه لضمانها - وان شئت قلت ان الثابت في العهدة اما العين أو المثل وهي على الفرض لامالية لها حينئذ فلاوجه لادائها - مع انه لاوجه للفرق بين العين والمثل وقد ثبت وجوب رد كل منهما بعموم(١) على اليد وهو بالنسبة اليهما على حد سواء فلو قلنا بلزوم غرامة المالية في المثل فلامناص عن القول به في العين.

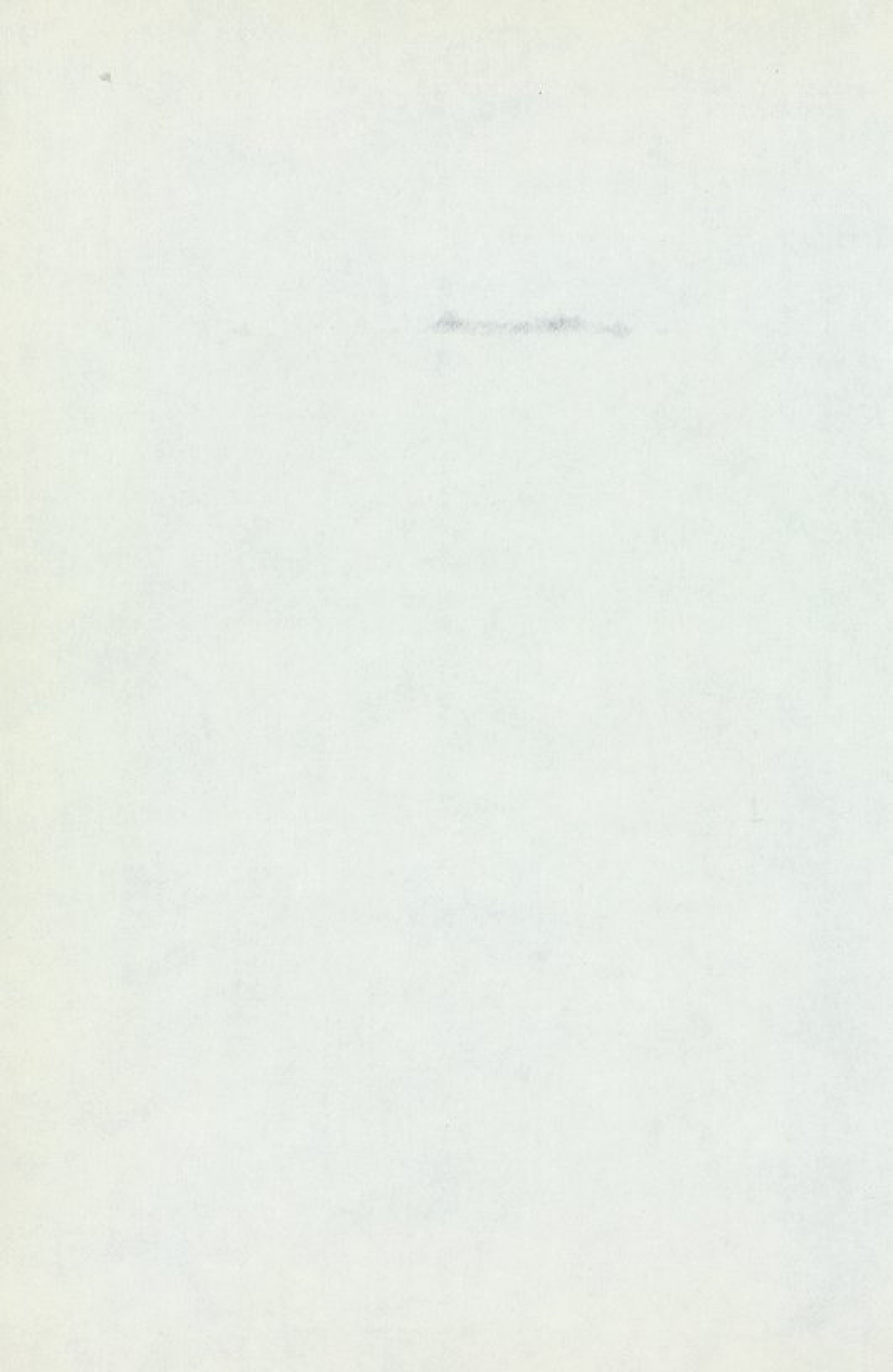
قد تم الجزء الخامس عشر من كتاب فقه الصادق ويتلوه الجزء السادس عشر من اول كتاب الرهن والحمد لله اولا وآخرا.

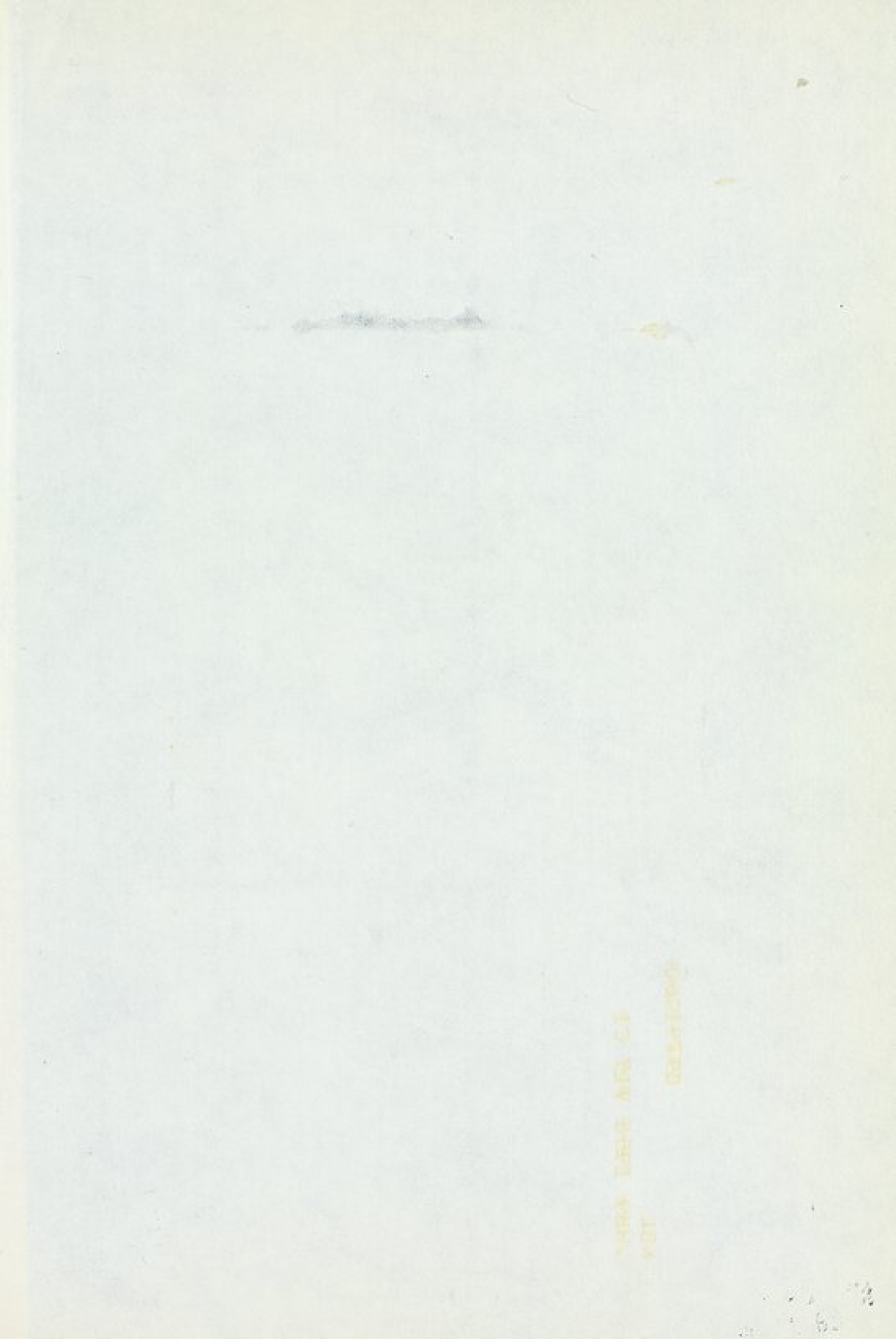
(١) كنز العمال ج٥ ص٢٥٧ - سنن بيهقي ج٦ ص٩٠

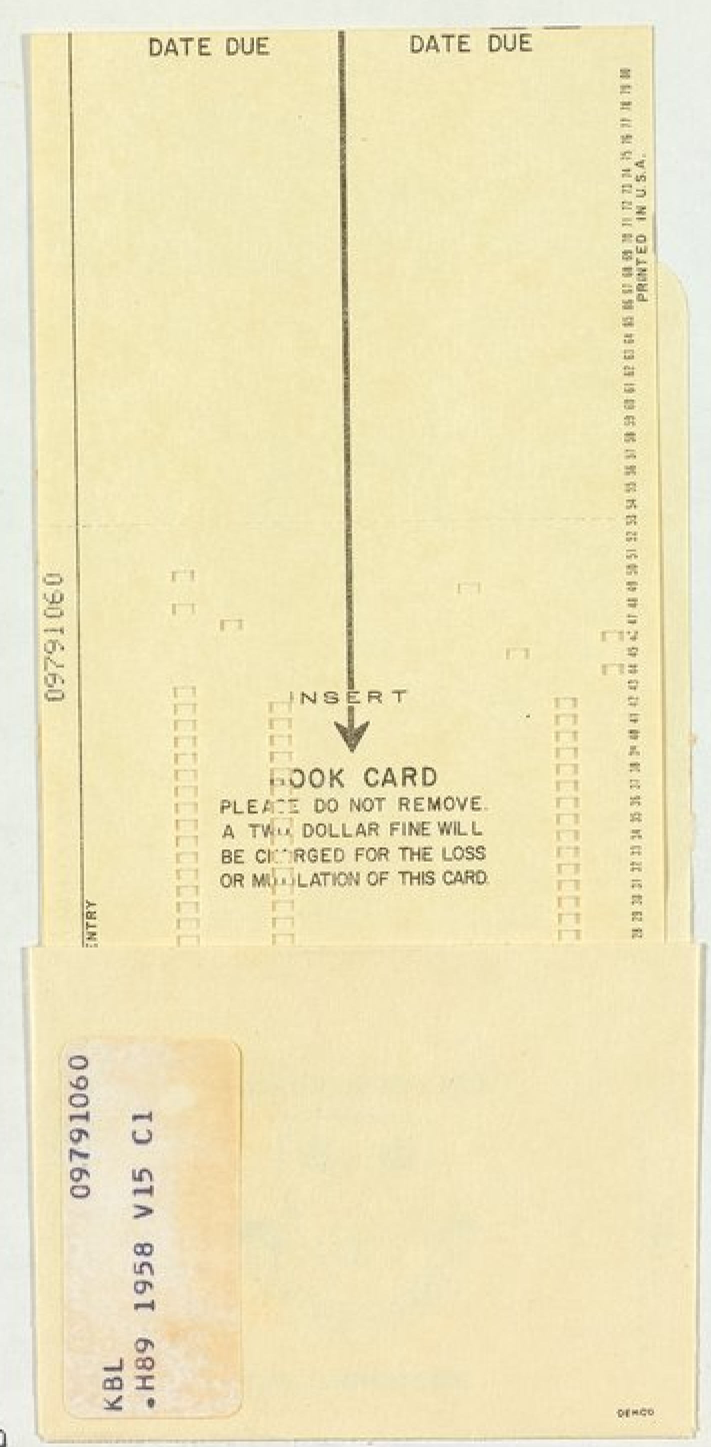
فهرس الجزء الخامس عشر من كتاب فقه الصادق

فهرس الخطاء والصواب

ص	س	الخطاء	الصواب
١٨	٩	آجره	آجرها
٨٩	١٦	الخروج	الزوج
٩٦	٢١	المسمماة	المسماه
١٣٤	٢٠	المعارض	للارض
١٥٦	١١	لكلم	تلكم
١٦٠	٢٤	٦	٥٦
٣٢١	٢١	القيمنى	القيمى
	٢٢	القمرة	البقرة







DATE DUE
DATE DUE
09791060
INSERT
BOOK CARD
PLEASE DO NOT REMOVE.
A TWO DOLLAR FINE WILL
BE CHARGED FOR THE LOSS
OR MUTILATION OF THIS CARD.
PRINTED IN U.S.A.
KBL
.H89 1958 V15 C1
09791060
DEMCO


COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE
CU17882583